

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

LA FEMME DANS LE CODE CIVIL ET DEPUIS LE CODE CIVIL

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

PAR

Jeanne GALTIER

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

MEMBRES DU JURY

MM. BECQUÉ, professeur, président.

MORIN, professeur.

VIALLETON, professeur.

} *Assesseurs*

MONTPELLIER
IMPRIMERIE MARI-LAVIT
1, Rue de Sauvages, 1

1934

**LA FEMME DANS LE CODE CIVIL
ET DEPUIS LE CODE CIVIL**

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

LA FEMME DANS LE CODE CIVIL ET DEPUIS LE CODE CIVIL

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

PAR

Jeanne GALTIER

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

MEMBRES DU JURY

MM. BECQUÉ, professeur, président.

MORIN, professeur.

VIALLETON, professeur.

} *Assesseurs.*

MONTPELLIER
IMPRIMERIE MARI-LAVIT
1, Rue de Sauvages, 1

1934

FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

MM.

VALERY, Doyen honoraire.

MOYE, Doyen honoraire, professeur de Droit International
Public.

MORIN, Doyen, professeur de Droit Civil.

BECQUÉ, professeur de Droit Civil.

DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit Administratif.

BOSC, professeur de Procédure Civile.

VIALLETON, professeur de Droit Civil.

GUENOUN, professeur de Droit Romain.

DUPEYROUX, professeur de Droit constitutionnel.

COURTIN, professeur d'Economie politique.

LÉGAL, professeur de Droit criminel.

COMBY, chargé de cours d'Economie politique.

LEMERCIER, chargé de cours d'Histoire du Droit.

TISSET, professeur d'Histoire de Droit.

DIJOL, Chargé de Cours de Capacité.

DONAT, Secrétaire.

ROCHETTE et DUBOIS, Secrétaires honoraires.

JURY

MM. BECQUÉ, professeur, *Président*.

MORIN, professeur.

VIALLETON, professeur.

} *Assesseurs*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A LA MEMOIRE DE MON GRAND-PERE

A MES PARENTS

LA FEMME DANS LE CODE CIVIL ET DEPUIS LE CODE CIVIL

INTRODUCTION

« Les lois ne sont pas de purs actes de l'autorité publique. Les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois. »

BONAPARTE.

Une œuvre étant toujours le reflet d'une époque, c'est à l'état des mœurs en 1804 que la femme doit la place restreinte qu'elle occupe dans le Code Civil.

Les travaux préparatoires nous montrent que les rédacteurs du Code ne virent en elle que faiblesse et inexpérience et le seul rôle que lui assignait Bonaparte, était de mettre au monde des enfants.

C'est qu'à ce moment, la seule place de la femme se trouvait au sein de la famille ; et la famille, en ce début du xix^e siècle, était juridiquement la traduction de ce qu'elle était dans les mœurs. Car, dans tout le domaine de la famille, dont la question de la condition de la femme n'est qu'un chapitre, mais des plus importants, les mœurs ont toujours guidé le droit qui s'est adapté à elles, a cherché quelquefois à les réfréner, mais ne peut jamais les diriger complètement, car

elles sont un fait naturel en continuelle évolution, échappant par cela même à toute réglementation.

Or, la famille, en 1804, était fortement constituée et présentait une unité qu'elle n'a plus de nos jours.

La femme célibataire ou mariée voyait son rôle se cantonner au foyer, car les besoins de la vie contemporaine ne demandaient pas qu'elle s'occupât au dehors. Dans le ménage, on assistait à une séparation naturelle et très nette de fonctions, conforme aux aptitudes de ses membres : à la femme revenaient les soins de la vie domestique et des enfants, tandis que l'homme, de par sa supériorité physique et intellectuelle, avait la charge matérielle et morale de la famille.

Ce qui se traduisait en droit par la prédominance du mari et du père comme chef de famille, et la subordination de la femme comme épouse et comme mère. C'était la conception traditionnelle de la famille, telle qu'elle découlait du droit romain tempéré par la doctrine chrétienne et le droit intermédiaire. Si bien que le Code Civil, lors de sa parution, apportait au problème moral et social de la famille et de la femme, des solutions pleinement satisfaisantes.

Mais, depuis lors, de graves transformations se sont produites dans les mœurs, et ont réagi sur la famille, par suite d'événements qui se sont succédés au cours du xix^e siècle et au début du xx^e, entraînant une évolution que le Code ne pouvait prévoir.

Les bouleversements de la vie économique qui suivirent l'apparition de la grande industrie consécutive à la concentration du machinisme, le développement du commerce, l'expansion coloniale et l'émigration des campagnes vers les villes, ont transformé les conditions d'existence des membres de la famille en-

tre eux : les enfants quittent plus facilement le toit paternel, la femme elle-même travaille souvent au dehors. Les heures de vie commune se réduisent, et, par suite, le lien familial se desserre. En même temps, on note un affaiblissement marqué des croyances religieuses et des préceptes moraux, contribuant pour une large part à la transformation de la famille.

La guerre de 1914 a précipité le mouvement. La femme voit son activité s'étendre de plus en plus hors du seul cadre de la famille. Les dures conditions de la vie matérielle actuelle, plus que leur désir d'indépendance, ont poussé bien des femmes, celles de la bourgeoisie en particulier, qui, autrefois, n'auraient rien fait, à travailler, elles aussi, pour assurer leur existence propre ou celle du ménage. Elles ont acquis plus d'instruction, plus d'initiative pratique, et ne sont plus dans l'état d'infériorité intellectuelle, cause de leur déconsidération devant le législateur de 1804.

Sous la pression de ces faits, des modifications ont dû être apportées au Code Civil quant à la condition de la femme.

S'il demeure le même dans ses grands principes généraux, auxquels on ne peut toucher sans courir le risque de miner tout l'édifice de la famille, bien des droits nouveaux ont été reconnus à la femme par le législateur.

Et, à côté de lui, la jurisprudence a fait une œuvre parallèle plus audacieuse mais aussi bien téméraire, en donnant des conséquences juridiques à des états de fait, tel le concubinage, non reconnus par la loi.

C'est pourquoi nous nous proposons d'exposer les droits et obligations de la femme dans le droit civil actuel, avec les modifications importantes qui y ont été apportées pour harmoniser sa situation juridique

avec son activité nouvelle dans la famille et dans la société.

Ainsi nous étudierons tout d'abord la *femme célibataire*, ce qui nous amènera à exposer la situation nouvelle faite à la fille séduite et à la concubine par la loi et surtout par la jurisprudence ;

Puis l'*épouse*, dans ses rapports avec le mari, quant à sa personne et quant à la gestion des intérêts pécuniaires du ménage ;

Et enfin la *mère*, dont nous aurons à déterminer les droits sur la personne et sur les biens de son enfant, soit légitime, soit naturel.

PREMIERE PARTIE

LA FEMME CELIBATAIRE

CHAPITRE PREMIER

LA FEMME CELIBATAIRE EN GENERAL

Actuellement, la femme célibataire est l'égale de l'homme quant à ses droits civils.

Durant la minorité, il n'y a pas de différence entre la fille et le garçon. Ils sont l'un et l'autre incapables, en raison de leur inexpérience et soumis à la puissance paternelle durant la vie de leurs père et mère, et à tutelle à la mort de l'un de ces derniers.

Dans un but de protection, la loi donne au père ou au tuteur mission d'agir en leur place et en leur nom dans les actes de la vie juridique, quelques cas touchant la personne et le patrimoine mis à part, pour lesquels le mineur n'a pas besoin d'être représenté.

Parmi ces exceptions, la plus importante est la capacité pour le mineur de contracter mariage. Il lui suffit du consentement de ses parents, ou à leur défaut du conseil de famille à condition qu'il ait l'âge requis par la loi (art. 144), 18 ans pour l'homme, 15 ans pour

la femme. Cette différence pour une raison à la fois physique et morale : afin que la puberté soit atteinte, et qu'ils aient l'un et l'autre un sérieux suffisant pour ne pas accomplir à la légère un acte grave qui engagera leur avenir.

L'incapacité cesse par l'émancipation, que nous n'étudierons pas parce qu'elle n'est pas spéciale à la femme, et surtout par l'arrivée de la majorité « à l'âge de 21 ans accomplis pour l'individu de l'un et de l'autre sexe. »

Pendant la majorité, ils ont maintenant la même capacité civile. La femme célibataire a la plénitude des droits civils comme l'homme, à condition qu'elle ne soit pas interdite et qu'elle n'en ait pas été privée par une condamnation judiciaire.

Il n'en a pas toujours été ainsi. L'article 2066 d'après lequel la femme n'était pas passible de la contrainte par corps, créait en apparence une faveur à son profit, mais non pas en fait, car il se retournait contre elle, en lui enlevant tout crédit. La loi du 22 juillet 1867 a supprimé cette différence en abrogeant la contrainte par corps en matière civile et commerciale. De plus, la femme ne pouvait être témoin ni pour les actes de l'état civil, ni pour les testaments (anciens articles 37 et 980). Ces deux articles furent abrogés par la loi du 7 décembre 1897, d'après laquelle peuvent être témoins tout Français majeur « sans distinction de sexe. »

La particularité la plus frappante était l'exclusion des femmes de la tutelle et du conseil de famille. (1)

(1) Mlle Ballofy : Accession des femmes à la tutelle. Thèse, Clermont-Ferrand, 1918.

Rapport Guillier. J. off., 16 décembre 1916, annexe 432, pages 586-589.

En effet, d'après l'ancien article 442, alinéa 3, ne pouvaient être tuteurs ni membres du conseil de famille, les femmes autres que la mère et les ascendantes.

L'argument invoqué lors de la discussion du Code était « leur inaptitude à une bonne administration », argument aujourd'hui erroné, puisqu'on les voit diriger des maisons de commerce, occuper dans les administrations publiques des postes de fonctionnaires, et remplacer avec succès leur mari dément, absent ou décédé.

Cette disposition était surtout contraire aux intérêts de l'enfant, car la femme, de par sa nature propre, sa place et son rôle dans la famille est plus apte que l'homme à comprendre la mentalité et les besoins correspondants de l'enfant.

Il était regrettable pour ce dernier qu'une tante, une sœur aînée, une parente éloignée ou une amie l'ayant élevé, entouré de soins en fait, fût déclaré incapable par la loi de le diriger, de le surveiller dans sa personne et son patrimoine, et se vît refuser la tutelle, pour la donner à un homme, souvent un étranger, qui connaîtra mal l'enfant, ne l'aura pas suivi et ne pourra, à cause de ses occupations personnelles, s'en occuper avec autant de sollicitude qu'une femme.

Le Code reconnaît bien ce droit à la mère au cas de décès du père. C'est donc qu'elle en est capable. Pourquoi alors traiter différemment les autres femmes au détriment des intérêts de l'enfant. Comme le dit M. Josserand : « Mieux vaut pour un mineur une tutrice dévouée qu'un tuteur indifférent. » (2)

(2) Josserand : Cours de Droit civil, t. I, n° 377, édition 1930.

La réforme qui s'imposait reçut un commencement d'exécution par la loi du 2 juillet 1907, donnant aux femmes la tutelle des enfants naturels. Dix ans après, la loi du 20 mars 1917 l'étendit aux enfants légitimes et remania un grand nombre d'articles du Code à ce sujet.

Désormais, la femme peut être tutrice, subrogé-tutrice, curatrice ou membre d'un conseil de famille.

De plus, la loi du 27 juillet 1917 créant, à la suite de la guerre de 1914 un Office national des pupilles de la nation, fit participer les femmes aux organismes destinés à assurer la protection des orphelins de guerre. C'est ainsi que l'Office national doit s'adjoindre jusqu'à concurrence du quart de ses membres, des femmes s'étant signalées par leur dévouement aux œuvres protectrices de l'enfance. Des dispositions analogues sont prises pour les Offices départementaux et cantonaux. (Art. 12-20 de la loi).

Une dernière différence existait entre la fille et le garçon à propos de la notification des actes respectueux au cas de non consentement des parents au mariage. Ces actes n'étaient plus nécessaires au-dessus de 30 ans pour les fils, 25 ans pour les filles (anciens articles 151, 152, C. Civ.).

Cet âge avait été abaissé par la loi du 7 février 1924, à 25 ans, quel que soit le sexe. La loi du 2 février 1933 vient de supprimer complètement la formalité des actes respectueux.

Les dernières différences que le Code établissait entre la femme célibataire en général et l'homme ont ainsi disparu.

Nous verrons dans les chapitres suivants des situations particulières à la femme célibataire, où la ju-

risprudence est intervenue pour sanctionner des faits dont la loi ne s'occupait pas, mais qui, de par leur fréquence et l'importance de leurs conséquences ne pouvaient rester sans sanction.

C'est le cas de la fiancée, de la fille séduite, de la concubine.

CHAPITRE II

LA FIANCÉE

Les fiançailles et promesses de mariage sans créer de liens de droit entre les fiancés, entraînent néanmoins des conséquences juridiques lorsqu'elles ont été rompues. La jurisprudence, devant la carence de la loi, accorde de plus en plus des dommages-intérêts à la fiancée éconduite, en réparation du dommage subi du fait de l'inexécution de la promesse de mariage ou de la rupture des fiançailles.

Il y a promesse de mariage lorsqu'une personne prend l'engagement oral ou écrit envers une autre de l'épouser. Les fiançailles marquent un degré de plus. C'est une promesse de mariage à laquelle il a été donné une certaine publicité, soit par une cérémonie accompagnée parfois de bénédiction religieuse, soit par un échange de cadeaux.

On ne fait pas en droit de distinction entre les deux, mais, pratiquement, la fiancée abandonnée pourra prouver plus facilement la promesse de mariage

quand les fiançailles auront été officiellement célébrées.

Dans l'ancien droit, sa situation était moins précaire que maintenant, car les fiançailles rompues entraînaient des dommages-intérêts qu'on pouvait d'ailleurs stipuler dans une clause pénale. Rien de cette coutume n'a subsisté dans notre Code Civil, et le cas de la fiancée éconduite fut discuté après sa rédaction, jusqu'à la première intervention de la jurisprudence en la matière par un arrêt de la Chambre Civile de 1838 (1).

Depuis, à part de rares décisions dissidentes, elle lui accorde, en harmonie avec la doctrine, en se basant sur l'article 1382, une indemnité en réparation du préjudice matériel et moral causé par la rupture (2).

De tous les arrêts rendus, on peut déduire le système suivant. Pour que le fiancé ait droit à des dommages-intérêts, il faut :

1°) QU'IL Y AIT EU PROMESSE DE MARIAGE

La preuve incombe à la victime de la rupture. Preuve difficile à produire pour tous les cas où l'engagement a été oral non suivi de fiançailles officielles. Bien des femmes furent déboutées de leur

(1) Civ., 30 mai 1838 ; S. 1838-1-492. -

Ambroise Colin : Fiançailles et promesses de mariage. Th. Paris, 1887.

Josserand : Le problème juridique de la rupture des fiançailles ; D. H. 1927, chronique, p. 21.

Jacomet : Les fiançailles. Th. Montpellier, 1901.

De Suret : Les fiançailles et le mariage. Bruxelles, 1914.

(2) P. 1838-1-661 ; P. 1842-1-552 ; Req. J. P. 1877, page 404. Poitiers, 13 novembre 1922 ; Gaz. Pal., 4 janvier 1923.

demande, « n'ayant point suffisamment établi qu'à aucun moment le défendeur ait pris vis-à-vis d'elles l'engagement *formel* qui, seul, peut permettre de parler de rupture et doit donner lieu à dommages-intérêts. » (3)

Faute d'écrit, la promesse peut être déduite des circonstances : célébration de fiançailles, fiançailles se poursuivant jusques et y compris le contrat civil de mariage. (4)

2°) RUPTURE INJUSTIFIÉE

C'est la faute, élément indispensable pour l'application de l'article 1382.

L'inexécution d'une promesse de mariage ne peut donner lieu à réparation par elle-même. Il n'y a qu'un lien d'honneur entre les fiancés qui conservent, conformément au principe de la liberté du mariage, le droit de se dédire.

On ne peut contraindre personne à se marier, et personne non plus n'est libre de se jouer des autres par des promesses fallacieuses. Or, dans notre droit français, on répond non seulement de sa faute mais de son imprudence, de sa légèreté, alors même qu'il n'y aurait pas intention de nuire.

Aussi, une indemnité sera due lorsque le fiancé aura pris l'initiative du mariage et aura rompu sans raison valable, par pur caprice, alors que la conduite de la fiancée était irréprochable.

Les dommages, qui, dans l'ancien droit, avaient une base contractuelle (clause pénale), ont aujourd'hui une base délictuelle.

(3) Paris, 27 décembre 1905 ; J. P. 1906-2-239.

(4) Req., 16 janv. 1877 ; J. P. 1877-404.

3^o) UN PRÉJUDICE

Qui peut être matériel ou moral. (5)

Il est matériel, quand il atteint quelqu'un dans son patrimoine : c'est ici le cas pour les cadeaux, les frais entraînés par les fiançailles, et dans sa personne physique : maladie de la fiancée causée à la suite de la rupture.

La jurisprudence va plus loin et ordonne, dans des cas de plus en plus nombreux, la réparation du préjudice moral. Le préjudice moral est l'atteinte portée à l'honneur d'une personne, à sa réputation, à sa considération. Ainsi, une rupture de fiançailles laissant subsister un doute injustifié sur la moralité ou la conduite de la fiancée délaissée, celle-ci subit un dommage dans sa personnalité morale, que le fiancé devra réparer.

Dans des arrêts tout récents, on voit la jurisprudence élargir encore plus la notion de dommage moral et l'étendre au préjudice porté aux liens d'affection unissant deux personnes. L'intérêt d'affection comme l'intérêt moral proprement dit, justifie, d'après elle, une réparation pécuniaire basée sur l'article 1382. C'est pourquoi on voit l'épouse, au cas de mort accidentelle de son conjoint, recevoir des dommages-intérêts de la part de l'auteur de l'accident, en réparation du dommage matériel et moral causé par la perte de son mari.

(5) Mantelot : Réparation du préjudice moral. Th. Paris, 1907.

Achard : Réparation pécuniaire du tort moral. Th. Genève, 1908.

Ripert : La règle morale dans les obligations civiles. Paris, 1925, n° 181.

Chausse : De l'intérêt d'affection. Rev. crit., 1895, p. 440.

Quelques arrêts, comme nous le verrons plus loin, ont reconnu ce droit à la concubine et, par analogie de situation, on vient de l'étendre à la fiancée. (6)

La fiancée, comme l'épouse, comme la concubine, pourra recevoir une indemnité pour le chagrin ressenti à la mort de son futur mari. Cette indemnité est le « pretium doloris » contre lequel quelques auteurs se sont élevés, déclarant qu'on ne pouvait traduire en somme d'argent une souffrance morale. A cela, la jurisprudence a répondu que « si les dommages ne sont pas l'exacte représentation du préjudice souffert, du moins en sont-ils la contre-partie approchée : s'ils ne sont pas compensatoires, ils sont satisfaisants. »

Les Codes étrangers ne sont point muets comme le nôtre sur la question des ruptures de fiançailles.

Les Codes civils allemand (7) et suisse, lui consacrent chacun tout un chapitre.

Point n'est besoin de formes ni d'usages mondains, un engagement mutuel sérieux suffit.

Au cas de rupture par la mort d'un des fiancés ou par la convention des deux, pas de conséquences juridiques. (8) Mais s'il y a dédit de l'un des fiancés (9), l'autre a droit à une indemnité proportionnée aux circonstances pour les dépenses faites par lui ou ses père et mère en vue du mariage. Les fiancés restent toujours libres de se dégager.

Si la fiancée irréprochable a cohabité avec le fiancé, elle peut exiger un dédommagement en argent pour

(6) Cour d'assises Dordogne, 24 mai 1930 ; D. P. 1930-2-133, note Lalou.

(7) Code civil allemand, art. 1297 à 1302.

Code civil suisse, art. 90 à 95.

(8) Code civ. all., art. 1298. — Code civ. suisse, art. 92.

(9) Code all. art. 1299.

le préjudice moral. (10) Le Code suisse accorde aux héritiers de la fiancée le droit de demander réparation du préjudice moral, si le tort était reconnu ou si l'action était déjà intentée. (11) Le Code allemand adopte la même solution pour l'indemnité de cohabitation.

Les conséquences des ruptures de fiançailles ne sont d'ailleurs pas spéciales à la fiancée et s'appliquent aussi au fiancé.

(10) Code civil allemand, art. 1300.

(11) Code civil suisse, art. 93.

CHAPITRE III

LA FILLE SEDUITE

Jusqu'ici nous n'avons vu les promesses de mariage qu'en dehors de toute séduction. Nous allons maintenant les retrouver comme moyen le plus fréquemment employé par le séducteur pour vaincre les résistances de la femme.

Seuls, sont punis par la loi française l'attentat à la pudeur et le viol. Le Code pénal, et le Code civil jusqu'en 1912, sont muets sur le cas plus complexe et bien plus fréquent de séduction. La séduction est caractérisée par les moyens employés par le séducteur pour amener la femme à avoir des relations coupables avec lui. Ce ne sont pas toujours des faits simples et faciles

Fournel : Traité de la séduction, Paris, 1781.

Louis Poughon : De la séduction, envisagée au double point de vue civil et pénal. Th. Paris, 1911.

Demogue : Responsabilité pour les promesses de mariage faites après l'existence de relations. Revue trim. dr. civ., 1930, p. 787.

Lalou : La responsabilité civile, n° 320.

à prouver comme le viol, qui tombe d'ailleurs sous le coup de la loi pénale, mais plus généralement des manœuvres dolosives dont la plus connue est la promesse de mariage, ou des abus d'autorité : ascendant donné par l'âge, l'intelligence ou la situation sociale du séducteur. Ce sont aussi des faits moins précis, tout un concours de circonstances et surtout de promesses fallacieuses qui amènent progressivement la femme à accepter sans qu'elle s'en doute, une situation que, d'elle-même, elle n'aurait peut-être pas désirée.

Le Code de 1804 restant muet sur la séduction et interdisant dans son ancien article 340 la recherche de la paternité, favorisait le séducteur. Il était libre, irresponsable en droit. Tout le poids de la faute retombait sur la femme qui devait supporter la honte, l'abandon et la charge de l'enfant quand une naissance avait suivi leurs relations. De là le grand nombre d'infanticides, de suicides, l'augmentation de la prostitution, des abandons d'enfants, qui deviennent, plus tard, comme l'ont établi les statistiques, des délinquants.

La jurisprudence, pendant quarante ans, appliqua strictement l'article 340 et repoussa toute tentative de la fille séduite et de la fille-mère agissant en justice par l'article 1382 contre le séducteur ou le père de l'enfant.

Un revirement se produisit en 1845 (1) et, depuis, cette jurisprudence ne s'est pas démentie.

Elle distingue deux situations : la séduction sans manœuvres dolosives, et la séduction par manœuvres dolosives.

(1) Cassation, 24 mai 1845 ; D. 1845-1-178.

Il n'y a pas, dans le premier cas, séduction à proprement parler, ce qui la caractérise, « la contrainte morale », ayant pesé sur la femme faisant ici défaut. La femme qui s'est librement donnée, savait ce qu'elle faisait, ce qu'elle risquait. Elle est seule responsable de ses actes, en ayant accepté de sa propre volonté toutes les conséquences et n'a droit à aucune indemnité. (2) La jurisprudence applique ici la théorie de la compensation des fautes, la faute du séducteur se confondant avec celle de sa maîtresse. Quelques rares décisions sont en sens contraire (3) et accordent une indemnité à la maîtresse abandonnée pour le préjudice causé par la rupture. Mais elles restent isolées, les tribunaux se prononçant d'une façon presque constante en sens opposé : les relations illicites ne peuvent donner lieu à dommages-intérêts que s'il y a eu faute du séducteur, c'est-à-dire manœuvres dolosives. Les tribunaux ne retiennent donc que le second cas, la preuve des manœuvres dolosives incombant à la fille séduite (4).

La situation de la femme séduite devenait plus difficile par le fait de la naissance d'un enfant et de l'existence de l'ancien article 340 interdisant la recherche de la paternité. La jurisprudence y suppléait en tournant cette disposition jusqu'à l'intervention de la loi du 16 novembre 1912.

S'il y avait eu séduction non dolosive, quelle que fut l'étendue du préjudice causé par la maternité, la

(2) Dijon, 20 décembre 1867 ; D. P. 1868-2-48. — Req., 23 avril 1901 ; D. P. 1901-6-360. — Paris, 17 décembre 1920 ; D. P. 1921-2-59. — Paris, 28 mars 1905 ; D. P. 1905-5-36.

(3) Château-Thierry, 23 novembre 1896 ; Gaz. Trib. 1899, 1^{re} série, 2-77.

(4) Tribunal Seine, 27 décembre 1904 ; Gaz. Trib. 1905-2-274.

(4) Civ., 3 décembre 1924 ; S. 1925-1-29.

fille-mère n'obtenait rien. (5) Mais il arrivait et il arrive encore que le père prétendu prenne l'engagement de nourrir et d'élever son enfant naturel non reconnu. Les tribunaux ont toujours validé cet engagement par lequel l'obligation naturelle naissant du lien de filiation se transforme en obligation civile. Le père prétendu se voit obligé d'exécuter sa promesse, que la mère doit préalablement prouver soit par un écrit, soit par un commencement de preuve par écrit, complétés par certains faits comme le paiement par le père des frais d'accouchement. (6)

Au cas de séduction dolosive, la fille-mère pouvait se voir allouer des dommages-intérêts, sans que l'article 340 fût violé, en demandant réparation du préjudice causé par le séducteur. Ils consistaient généralement en une pension pour la nourriture et les frais d'éducation de l'enfant, proportionnelle à la fortune de la mère.

Mais, en aucun cas, l'état civil de l'enfant n'était déterminé.

Cette jurisprudence hardie et constante, prépara la loi du 16 novembre 1912 qui réforme l'article 340 (7). Le nouvel article comprend la séduction parmi les cinq cas donnant ouverture à l'action en recherche de paternité. L'alinéa 2 est ainsi conçu : la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée : « dans le

(5) Paris, 17 décembre 1920 et 25 mars 1925, déjà cités.

(6) Req., 20 juillet 1900 ; D. P. 1901-1-502. — Paris, 18 février 1910 ; S. 1912-2-220.

(7) Savatier : La recherche de la paternité naturelle : étude de pratique de législation et de jurisprudence, Paris, Dalloz 1927.

cas de séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles et s'il existe un commencement de preuve par écrit dans les termes de l'article 1347. »

La difficulté pour la fille-mère est de produire ce commencement de preuve par écrit émanant du père prétendu. Elle doit prouver deux choses : les moyens employés comme ayant engendré la séduction, c'est-à-dire manœuvres dolosives, abus d'autorité, etc., indiqués dans l'article ; et la séduction en elle-même, c'est-à-dire des relations intimes d'où est né l'enfant. Faut-il encore ici une preuve par écrit ? La séduction en elle-même est un fait pur et simple démontrable par tous les moyens. Mais au point de vue preuve de la paternité, elle ne peut être considérée indépendamment des manœuvres dolosives qui sont l'élément essentiel de l'action. Il y a indivisibilité entre les deux. (8)

La fille-mère n'agit pas pour elle, en réparation du préjudice causé à son égard mais pour son enfant. Les frais d'entretien seront alors calculés proportionnellement à la fortune du père.

Néanmoins, à côté de l'action en recherche de paternité, elle peut en son nom propre intenter un procès en dommages-intérêts fondé sur l'article 1382.

Ces dommages-intérêts ne lui seront accordés qu'en raison des manœuvres dolosives qui demeurent, quel que soit le cas, l'élément fautif de la séduction. La Cour de Cassation exige une preuve par écrit de ces

(8) Civ., 2 juillet 1931 ; S. 1932-1-25.

manceuvres. (9) Certains tribunaux (10) autorisent la preuve testimoniale mais leurs décisions ne peuvent être retenues devant celles de la Cour de Cassation.

En fait, cette preuve est très difficile à fournir, les séducteurs se gardant bien d'envoyer à leur victime des écrits prouvant leur responsabilité.

C'est pourquoi au cours de novembre 1932, un projet de loi a été déposé par M. Ernest Pezet, député du Morbihan, pour la suppression de cette preuve par écrit dont l'absence devient pour le séducteur « un permis de séduire. » (11)

Ce projet ne concerne que l'action en dommages-intérêts et non en recherche de paternité. Il demande l'addition au deuxième alinéa de l'article 340 du paragraphe suivant : « la nécessité de ce commencement de preuve par écrit ne s'applique pas à l'action en réparation du préjudice subi par la mère abandonnée, au profit de laquelle la promesse de mariage pourra même être présumée selon les circonstances, sauf preuve contraire. » Ainsi, non seulement la fille-mère n'aurait aucune preuve à fournir, mais encore les juges auraient le droit de déduire de son passé, de son genre de vie, des circonstances ayant amené la séduction, une présomption de promesse de mariage.

Le danger serait que, désormais, à la place de la femme, c'est le séducteur qui se trouverait dans l'im-

(9) Civ., 2 décembre 1907 ; D. P. 1908-1-201. — 3 décembre 1924 ; D. P. 25-1-124. — 12 novembre 1929, Gaz. Pal. 1929-2-944.

(10) Nancy, 22 décembre 1921 ; Gaz. Pal. 1922-2-367.

Colmar, 5 août 1926, cassé par Ch. Cv., 12 novembre 1929.

Poitiers 28 mars 1927 ; Gaz. Pal. 1927-2-227.

Poitiers, 29 octobre 1928 ; D. P. 1929-2-19, note Voirin.

(11) Capitant : Le permis de séduire ; D. H., chronique, 5 janvier 1933.

possibilité de se défendre, vu la difficulté pour lui de fournir une preuve contraire.

D'un autre côté, la réforme proposée est trop limitée et pourrait être étendue à la recherche de la paternité.

Il faudrait donc se contenter d'autoriser la preuve par témoins ou par simple présomption dont les juges apprécieraient la valeur et, pour les deux cas : d'action en dommages-intérêts, et recherche de la paternité.

CHAPITRE IV

LA CONCUBINE

Le concubinage (1) a, de tout temps, existé, mais depuis la fin du XIX^e siècle, il s'est beaucoup développé et dans toutes les classes de la société.

C'est dans le milieu ouvrier qu'il est, et a toujours été le plus répandu, non qu'on y soit plus sensible aux théories de l'union libre, ignorées même le plus généralement, mais parce que, rebuté par les nombreuses formalités et les frais du mariage, on trouve plus facile et plus simple de s'unir en dehors des liens légaux dont la nécessité et l'importance n'apparaissent pas.

Loin de se cantonner, comme par le passé, dans les

(1) Peytel : L'union libre devant la loi. Thèse Paris, 1904.

Boyer : Conséquences des états de faits entraînés par l'union libre. Thèse, Nîmes, 1908.

Landre : Le concubinage devant la loi et la jurisprudence. Thèse Besançon, 1921.

Benoît-Cottin : Des effets juridiques de l'union libre. Thèse Grenoble, 1922.

classes laborieuses, il atteint, à l'heure actuelle, les milieux aisés, mais pour de tout autres raisons ; pour pouvoir rompre sans difficulté une association qui ne plait plus, pour vivre avec une personne que l'on ne croit pas possible d'épouser à cause d'une différence trop grande de condition ou de milieu. Ce sont alors des relations plus ou moins suivies, souvent sans cohabitation, alors que dans le premier cas, il y a assimilation complète au mariage.

Quoi qu'il en soit, c'est une pure situation de fait comme la séduction : pas de liens de droit entre les concubins. Mais il y a ici un degré de plus ; la séduction résulte de relations passagères ; elle est souvent le point de départ du concubinage où les relations sont continues.

Le concubinage est ce qu'on appelle couramment le « faux ménage », c'est-à-dire : « l'état d'un homme et d'une femme qui vivent ensemble comme des gens mariés, sans avoir rempli préalablement les formalités du mariage. »

La loi de 1912, en parlant de concubinage notoire, est venue compliquer cette notion ; sans revenir sur les discussions auxquelles, à ce sujet, elle a donné lieu, la doctrine se trouve divisée ainsi que la jurisprudence, mais on sent une tendance vers le sens le plus large, à savoir que la cohabitation n'est pas nécessaire. Il suffit « de relations intimes prolongées pendant un temps suffisant pour n'avoir pas le caractère d'un fait accidentel et isolé ». Il faut « l'habitude ou, tout au moins, la fréquence des relations. »

§ I. — SITUATION DE FAIT DE LA CONCUBINE

Nous n'étudierons la concubine que dans le cas le plus fréquent et aussi le plus intéressant, celui où le concubinage mérite le mieux le nom de faux ménage.

Communauté de vie

L'homme et la femme se comportent comme des gens mariés : ils vivent ensemble, sous le même toit, menant la même existence. Le rôle de la concubine est le même que celui de l'épouse : elle dirige le ménage, s'occupe de la vie à l'intérieur de la famille et des enfants.

Mais elle reste, au regard de la loi, une femme célibataire. Elle n'est pas soumise aux articles 212, 213, 214 : elle est l'égale du concubin auquel elle ne doit ni fidélité, ni obéissance. Malgré cela en fait, comme dans tout groupement de personnes il est nécessaire qu'il y ait un chef, le concubin devient dans la majorité des cas le chef du faux ménage. Si bien que, en l'absence de toute obligation, les concubins ont pratiquement les mêmes rapports entre eux que les conjoints.

La différence se fait davantage sentir quant au patrimoine. La concubine est encore une femme célibataire dans le domaine des biens ; elle a une pleine capacité civile ; sa fortune est indépendante de celle de son amant, elle la gère et l'emploie à sa guise.

Mais dans le cas le plus fréquent du faux ménage appartenant aux milieux laborieux, les concubins n'ont pas de fortune personnelle. Ils n'ont que leurs salaires qui sont mis en commun pour acquitter les frais du ménage : loyer, nourriture, vêtements, édu-

cation des enfants, ce qui nous amène à examiner la question du mandat domestique tacite.

Mandat domestique tacite entre concubins

La concubine effectue pour les besoins de la vie domestique, les mêmes achats journaliers que la femme mariée. Or, celle-ci, en vertu de ce qu'on appelle le mandat domestique tacite est censée être la mandataire de son mari, agir en son nom, de sorte que seul le mari est responsable des dettes contractées par sa femme. Ce mandat tacite existe-t-il vis-à-vis de la concubine ? Si on le reconnaît, le concubin sera obligé par tous les actes qu'elle aura faits. Sinon, elle s'obligera seule, et ceci au détriment des tiers. Les fournisseurs croyant avoir à faire à une femme mariée, la concubine portant généralement le nom du concubin, n'auront aucun recours contre celui-ci et seront lésés si la concubine n'a pas de fortune personnelle pour les payer.

La loi est muette à ce sujet, la théorie du mandat tacite de la femme mariée étant une création de la jurisprudence. Et la jurisprudence n'est pas ferme dans l'application de cette théorie à la concubine.

Jusqu'en 1906, elle repousse constamment toute idée de mandat. (2)

Depuis lors, devant l'intérêt des tiers, elle tâche d'établir d'une façon ou d'une autre la responsabilité du concubin.

(2) Trib. Alger 20 juin 1906 ; Gaz. Pal., tables, 1912-20, v. Fournitures, n° 11. — Ce jugement a reconnu le concubin comme engagé par les achats de sa compagne qui avait la possession d'état de femme légitime.

V. aussi Trib. de Paix, Nogent-sur-Marne, 28 janvier 1910 ; Gaz. Pal. 1910-1-397.

Contra : Trib. Seine, 10 mars 1924 ; Gaz. Trib., 10 sept. 1924.

Tantôt, en se basant sur l'article 1382, elle décide qu'il y a faute pour le concubin à faire passer sa maîtresse pour sa femme légitime et qu'il engage ainsi sa responsabilité envers ceux qui contractent avec elle, la croyant sa mandataire (3). Tantôt, elle admet l'existence entre concubins d'une obligation indivisible au cas de fournitures faites à l'un d'eux. (4)

Mais, dans la majorité des cas, elle applique la théorie du mandat tacite (5). Elle l'admet d'ailleurs de plus en plus, chaque fois qu'il y a vie commune, cohabitation sans mariage entre plusieurs individus, quel que soit le lien qui les unisse. Ainsi pour les frères et sœurs vivant ensemble.

Pour la concubine, il n'y a pas de jurisprudence vraiment ferme, car si les décisions de justice tendent toutes vers le même but : reconnaître la responsabilité du concubin, leurs bases juridiques sont différentes, ce qui prouve les hésitations des tribunaux sur ce problème.

Quelques arrêts sont même contraires à l'application de ce mandat (6). Néanmoins, il semble que la jurisprudence l'admettra de plus en plus, car il est de moyen le plus simple pour assurer la responsabilité du concubin.

(3) Trib. civ. Nice, 27 octobre 1909 ; D. P. 1912-2-216.

Trib. paix Paris, 14 novembre 1912 ; Gaz. Trib., 1913-2-444.

Trib. Seine, 10 juillet 1912 ; Gaz. Trib. 1912-2-377.

(4) Trib. Seine, 11 juillet 1910 ; Gaz. Trib. 1910-2-79.

(5) Trib. paix Nogent-sur-Marne, 28 janvier 1910 ; Rev. trim. dr. civ., 1910, p. 447.

(6) Trib. Seine, 10 décembre 1901 ; Rev. trim. dr. civ., 1904, p. 855.

Libéralités entre concubins

L'ancien adage : « Don de concubin à concubin ne vaut » n'ayant pas été retenu par le Code Civil de 1804 il semble que les libéralités faites à la concubine sous forme de dons ou de legs par son amant soient valables, puisque juridiquement les individus ont le droit de faire tout ce qui n'est pas interdit par la loi.

Mais l'article 1131 annule toute obligation ayant une cause illicite, et l'article 1133 déclare illicite toute cause contraire aux bonnes mœurs.

C'est pourquoi la jurisprudence, s'inspirant de ces deux règles de droit, déclare valables ou nuls, suivant les circonstances, les actes à titre gratuit faits par le concubin au profit de sa concubine.

Elle applique ici une théorie nouvelle connue sous le nom de « théorie de la cause impulsive et déterminante » (7) qui réagit de plus en plus contre la théorie classique de la cause.

D'après cette dernière, la cause d'un contrat est le but immédiat que les parties ont en vue, la raison juridique de l'opération, toujours la même pour une même catégorie d'actes. La cause d'une donation n'est autre que l'intention libérale « l'*animus donandi*. » Si bien que toute libéralité est valable, quels que soient les motifs individuels qui ont poussé le donateur à la faire, même si ces motifs sont illicites ou immoraux. La cause, la volonté abstraite de donner suffit pour valider l'acte.

Dans la théorie jurisprudentielle, la cause, c'est, en plus du but abstrait que les parties ont en vue, tous les motifs personnels, les mobiles concrets et psychologiques variables avec chaque individu et cha-

(7) Jossierand, t. II, p. 49, n° 142 et suiv.

que cas, qui les ont poussées à contracter. L'acte n'est valable que si ces mobiles sont licites et dans la mesure où ils le sont. Le juge apprécie la validité d'une donation en fonction des motifs qui l'ont inspirée.

Ainsi sont annulées les libéralités ayant pour but soit d'amener la femme à avoir des relations coupables et à les poursuivre (8), soit de la récompenser pour ses complaisances passées, présentes, ou futures. (9)

Sont également nulles les libéralités faites à la suite de manœuvres dolosives de la bénéficiaire pour les obtenir, le fait même de concubinage étant inopérant à faire tomber un testament ou un don. (10)

Les libéralités seront valables lorsque leur cause sera détachée des relations sexuelles immorales. Par exemple, quand elles seront faites à titre de récompense pour les soins prodigués par la concubine à son concubin au cours d'une maladie de ce dernier, ou en réparation du préjudice moral causé à la femme par les relations illicites.

C'est, dans ce dernier cas, un dédommagement et non une récompense : faite dans ce but, la donation est valable, alors que dans un arrêt précédent, elle avait été annulée à titre de récompense.

(8) Req., 2 février 1853 ; D. P. 1853-1-57.

Civ., 21 mars 1898 ; D. P. 1903-1-403.

Dijon, 22 mars 1900 ; D. P. 1901-2-45.

(9) Req. 4 mars 1914 ; D. P. 1915-1-27.

Civ., 11 mars 1918 ; D. P. 1918-1-100.

(10) Req., 12 mars 1903 ; D. P. 1903-1-272.

§ II. — EFFETS LEGAUX RECONNUS AU CONCUBINAGE

Les effets juridiques que nous venons de voir accordés au concubinage n'en sont point une sanction, mais uniquement la conséquence des états de fait qu'il a entraînés. Le concubinage n'est pas reconnu par la loi et, à l'heure actuelle, la situation de la concubine en droit n'est guère précisée que dans certains cas.

C'est dans la loi du 16 novembre 1912 que le concubinage fut pris en considération pour la première fois, de même que la séduction déjà étudiée.

L'article 340, alinéa 4, décide que la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée « dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception. » La concubine est donc admise à agir en reconnaissance de paternité contre son concubin si elle prouve leur vie commune pendant la période légale de la conception.

La difficulté est de savoir ce que le législateur entend par concubinage notoire. Nous n'insisterons pas sur les discussions soulevées par la question qui mit en désaccord parmi leurs propres membres la doctrine et la jurisprudence.

Deux thèses sont en présence : l'une restrictive n'admet comme concubinage notoire que le ménage irrégulier avec comme caractère principal, la cohabitation ; l'autre, extensive d'après laquelle la cohabitation n'est pas nécessaire, des relations continues et stables suffisent. C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour de Cassation a statué. Elle déclare qu'on ne peut donner une définition immuable du concubina-

ge. Il n'est pas caractérisé par tel ou tel fait précis, mais résulte de circonstances infiniment variées dont les tribunaux doivent s'inspirer pour statuer.

La loi de 1912 crée une présomption de paternité vis-à-vis du concubin analogue à celle qui, dans le mariage pèse sur le père d'après la règle : « pater is est quem nuptiæ demonstrant. »

Or, dans le mariage, cette présomption est contrebalancée par la présomption de fidélité de l'épouse, alors que rien de tel n'existe dans le concubinage. L'amant peut toujours faire la preuve de l'inconduite de sa maîtresse ou du commerce qu'elle a eu avec un autre individu.

Des lois furent votées pendant la guerre dont le but était de secourir les familles nécessiteuses que la mobilisation avait privées de leur chef. C'est ainsi que, pour la première fois, des droits furent accordés à la concubine en raison de sa seule situation de fait : en vertu de la loi du 5 août 1914 sur les allocations, complétée par la circulaire ministérielle du 23 août 1914, l'allocation journalière de 1 fr. 25 + 0,50 par enfant âgé de moins de 16 ans, accordée à toute personne ayant un lien de droit avec le soldat, pouvait aussi être donnée : « à la personne sans lien de droit avec le militaire, mais qui prouverait qu'en fait elle vivait à son foyer dans des conditions de moralité satisfaisantes et qui pourrait dès lors, soit isolément, soit avec des ascendants collatéraux et enfants vivants au même foyer, être considérée comme constituant en fait dans l'esprit de la loi, la famille dont le militaire était le soutien unique ou principal. »

C'est bien de la concubine qu'il s'agissait, mais alors que l'épouse obtenait de droit l'allocation, la concu-

bine devait faire la preuve qu'elle réunissait les conditions exigées par la loi.

La loi du 9 mars 1918 sur les foyers interdisant les instances contre les mobilisés faisait bénéficier de ses dispositions (art. 19, al. 3) « les personnes parentes ou non qui, antérieurement au 1^{er} août 1914, vivaient habituellement dans les lieux loués avec le locataire mobilisé et qui justifieront qu'elles étaient à sa charge », c'est-à-dire la concubine.

Aux termes du décret du 3 août 1917 sur les cartes familiales d'alimentation et de charbon, chaque chef de famille devait faire la déclaration de la quantité de pain nécessaire « aux personnes vivant à son foyer. »

Au cours de la discussion de la loi du 31 mars 1919 sur les pensions, on demanda à en faire bénéficier la concubine mais l'amendement fut repoussé.

Ces diverses lois n'étant que temporaires, elles ne présentent qu'un intérêt rétrospectif, et la concubine se trouve actuellement dans la même situation qu'avant la guerre quant aux droits accordés par le Code Civil.

§ III. — LA CONCUBINE ET LA JURISPRUDENCE RÉCENTE

Comme nous l'avons déjà dit à propos de la fiancée, la jurisprudence, élargissant de plus en plus le nombre des bénéficiaires d'indemnités accordées en vertu de l'article 1382, reconnaît le droit à la concubine de demander des dommages-intérêts à l'auteur de l'accident au cours duquel son concubin a trouvé la mort.

Les décisions en la matière se sont multipliées au

cours de ces dernières années. Les tribunaux, se basant sur un arrêt de la Chambre Criminelle du 20 février 1865 (11), d'après lequel « l'article 1382 ne limite en rien ni la nature du fait dommageable, ni la nature du dommage, ni la nature du lien qui doit unir, au cas de décès la victime du fait avec celui de ses ayants droits qui en demande la réparation », on crût pouvoir accorder une indemnité à la concubine de même qu'à l'épouse, aux enfants, beau-fils ou belle-fille, frères et sœurs et fiancée.

Pour la concubine, le préjudice demandant réparation est surtout le dommage matériel (12), arrêt de travail du concubin qui subvenait par son salaire, aux frais du ménage. Toutes les décisions judiciaires ont tenu compte du sérieux de l'union, de sa durée, de la communauté de vie, et des enfants nés du concubin et restant à la charge de la concubine.

Mais il faut remarquer que le dommage moral par elle subi n'a jamais été pris en considération qu'accompagné de dommage matériel et qu'en fonction de celui-ci (13).

Un jugement caractéristique est celui du Tribunal de la Seine du 12 février 1931 (14), qui repoussa la demande en dommages-intérêts faite par la femme légitime séparée de fait depuis longtemps, mais non divorcée, vivant dans le Midi loin de son mari, ne justifiant par conséquent d'aucun préjudice ; mais qui,

(11) D. 1864-1-99.

(12) Crim., 26 novembre 1926 ; D. P. 1927-1-73, note Lalou ; S. 1927-1-273, note J.-A. Roux.

Paris, 5 juin 1923 ; D. 1924-2-34 ; — 12 juin 1928 ; D. P. 1929-2-15.

Montpellier, 24 juin 1924 ; D. 1924-2-145.

Crim., 28 février 1930 ; D. P. 1930-1-49, note Voirin.

(13) Rennes, 8 juillet 1931 ; S. 1932-2-15.

(14) S. 1932-2-18.

en revanche, accorda ces dommages à la concubine avec qui habitait la victime, depuis dix ans, qui lui tenait son ménage et vivait de ses subsides.

Devant la multiplication de ces jugements et arrêts en faveur de la concubine et souvent au détriment de la famille légitime, la doctrine a protesté (15). Quelques tribunaux avaient d'ailleurs statué en ce sens et la Cour de Cassation semble réagir sur sa propre jurisprudence. (17) Mais sa position actuelle n'est pas très nette, car elle statue en fait et non en droit et laisse ainsi toute liberté aux Cours d'Appel. Il n'y a d'ailleurs aucun lien de droit entre les concubins. Pourquoi alors la concubine jouirait-elle de certains droits à la mort du concubin alors que, du vivant de ce dernier, elle n'en avait aucun ?

(15) Jossierand, t. II, n° 424, p. 203. L'avènement du concubinat, D. H., 7 avril 1932 chronique.

Planiol, t. VI, par Esmein, n° 548.

Mazeaud : Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation d'un préjudice moral à la suite d'un décès accidentel ; D. H., 1932, chronique, p. 77 — notes Savatier D. P. 1924-2-145 . — Voirin, D. P. 1925-2-169 ; 1929-2-169 ; 1930-1-49 ; — Lalou, D. P. 1927-1-73 ; 1929-1-23.

(16) Amiens, 7 novembre 1923 ; D. 1924-2-147. — Conseil d'Etat, 11 mai 1928 ; D. 1928-3-6.

(17) Crim., 9 novembre 1928 ; D. P. 1929-1-23, note Lalou. — Cet arrêt (rendu dans la même affaire que celui de 1926) donne la solution contraire parce que la Cour de renvoi de Rennes, a constaté, en fait, que, dans l'espèce, la situation de la concubine était « essentiellement précaire et instable ». L'arrêt de la Cour de Cassation du 28 février 1930 fonde le droit à des dommages-intérêts sur la communauté de vie. Or, la stabilité ou la précarité d'une union libre est une question de fait, et la Cour de Cassation ne devrait statuer que sur le point de droit. En n'intervenant pas, elle laisse les Cours d'appel continuer dans une voie contraire à la loi.

Elle ne peut se prétendre lésée dans ses droits, puisque juridiquement elle n'en a pas. Elle n'a que des intérêts et les intérêts n'ont de valeur en droit français que lorsqu'ils sont basés sur des droits. Ce n'est pas le cas de la concubine et, en droit strict, elle ne peut prétendre à rien.

DEUXIEME PARTIE

L'EPOUSE

Un changement important se produit dans la vie juridique de la femme, lorsqu'elle se marie. Célibataire et majeure, elle était, comme nous l'avons vu, indépendante juridiquement des autres membres de la famille. Mineure, elle était, dans son propre intérêt, soumise à la puissance paternelle.

Une fois mariée elle tombe sous la puissance maritale même si elle est majeure. Mais ce n'est plus dans son propre intérêt, c'est dans l'intérêt de la famille qui se crée. Un nouveau foyer prend naissance, et comme tout groupement de personnes demande une direction, le mari en sera le chef. C'est là qu'il faut chercher la raison de sa prédominance et de la subordination de la femme et non dans une infériorité de celle-ci, physique, physiologique ou intellectuelle, « *propter fragilitatem sexus* », comme on l'a pendant longtemps soutenu, ce qui soulevait des protestations des féministes. Cet argument a cependant une valeur historique incontestable : dans les sociétés primitives la différenciation des sexes donnait aux hommes forts les travaux pénibles et réservait aux femmes plus faibles, ceux du ménage. L'homme protège, la femme obéit. Avec le temps, cette conception s'adoucit, mais l'infériorité de la femme subsiste. Aujourd'hui, il n'en est plus question. Dans le mariage, la subordination de la femme ne vient pas d'une infériorité naturelle.

C'est une infériorité juridique créée par le Code pour la sécurité de la famille. Si l'épouse avait des droits égaux à ceux de son mari, au cas de conflit grave, lequel des deux l'emporterait ? La loi tranche en faveur du mari.

Mais, et c'est ce que les féministes n'ont pas compris, cette puissance maritale n'est pas un *droit* pour le mari, c'est une *fonction* nécessaire. Elle domine les rapports des époux dans leur personne et dans leurs intérêts. C'est pourquoi nous étudierons l'épouse dans le ménage, quant à sa condition personnelle et quant à son rôle dans la gestion des intérêts pécuniaires du ménage.

CHAPITRE PREMIER

CONDITION PERSONNELLE DE LA FEMME MARIEE

Dans le mariage, les rapports personnels des époux sont régis par les articles 212, 213, 214 du Code Civil. Ces textes créent deux sortes de devoirs : les premiers (article 212), tenant à la qualité même d'époux, leur sont communs et réciproques ; les seconds (articles 213 et 214), se rapportant au rôle respectif des époux dans le mariage, forment spécialement la « puissance maritale », c'est-à-dire l'ensemble des droits du mari auxquels correspondent des obligations subordonnées de la femme. Quelle est la situation de l'épouse en face de ces deux sortes de devoirs ?

§ I. — DEVOIRS RECIPROQUES

On connaît la formule que le maire dit aux conjoints le jour de leur mariage, d'après laquelle « les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance. »

I. — Fidélité

La fidélité est à la fois un devoir moral et une obligation civile.

Le manquement à la foi conjugale, c'est-à-dire l'adultère, est, au point de vue moral, aussi grave qu'il soit commis par le mari que par la femme. Les mœurs sont, en général, plus indulgentes pour l'adultère du mari que l'on considère comme une tromperie passagère, laissant intact l'attachement au foyer, alors que celui de l'épouse peut la détacher complètement de la famille et surtout y introduire des enfants adultérins. (1)

Quelles que soient les conséquences, la faute morale, violation de la parole donnée, présente une égale gravité et l'outrage subi est le même des deux côtés.

Quant à la fidélité-obligation les époux sont, à l'heure actuelle égaux devant la sanction civile de l'adultère, mais l'inégalité subsiste devant la sanction pénale et au point de vue de la preuve.

La sanction civile de l'adultère est la faculté pour l'époux outragé de demander la séparation de corps (article 360) ou le divorce (articles 229, 230, Code Civil).

Lors de la rédaction du Code Civil, la femme ne pouvait obtenir le divorce pour adultère du mari que si celui-ci avait « tenu sa concubine dans la maison commune » (ancien article 230). La faute passagère du mari était impunie. Cette condition était spécialement imposée à la femme parce que l'adultère du mari est moins dangereux pour la famille que le sien

(1) Baudry : Commentaire théorique et pratique de la loi du 27 juillet 1884.

Bridel : Etude critique sur la fidélité conjugale et l'adultère. Bull. soc. lég. comp., 1893, p. 273.

propre. Les rédacteurs du Code s'inspiraient en cela de Montesquieu : « Les lois, dit-il, ont demandé des femmes un degré de retenue et de continence qu'elles n'exigent pas des hommes parce que... la nature a manqué l'infidélité des femmes par des signes certains et que les enfants adultérins de la femme sont nécessairement au mari, au lieu que les enfants adultérins du mari ne sont pas à la femme, ni à la charge de la femme. » (2)

« L'épouse est punie plus à cause de sa constitution physique que de la perversité de sa conduite. » (3)

Le Code continuait d'ailleurs la tradition du droit romain et de l'ancien droit qui n'admettait pas la femme à se plaindre de l'adultère du mari. (4)

La loi du 27 juillet 1884 rétablissant le divorce en France mit fin à cette disposition. Les partisans de la loi ont fait remarquer qu'il n'y a pas deux sortes de fidélité, une pour le mari, l'autre pour la femme : le devoir est le même pour les deux époux, l'article 212 en faisant aucune distinction entre eux. Le mari adultère serait même doublement fautif, car il manque, non seulement à l'article 212, mais à ses devoirs vis-à-vis de la famille dont le mariage l'a rendu chef. (5) De plus, s'il ne fait pas entrer d'enfants

(2) L'esprit des lois, livre xxvi, chapitre 8.

(3) L'esprit des lois, livre xxvi, chapitre 9.

(4) Justinien, nouvelle 117, chap. 9.

Pothier : Contrat de mariage, n° 56).

Article de Fuzier-Herman, dans *Le Droit*, 7 juillet 1884 : L'ancien art. 230 se justifiait dans ce sens qu'il proportionnait la suite de l'adultère à sa gravité sociale en distinguant entre le mari et la femme.

(5) Carpentier : Traité théorique et pratique du divorce, t. I.

adultérins dans sa propre famille, il en fait entrer dans la famille d'autrui lorsque l'adultère est double. La stricte justice exige que la femme obtienne le divorce par cette cause aussi facilement que le mari.

Le Code Pénal n'ayant pas subi de modification en 1884, demeure plus sévère pour la femme adultère que pour le mari (6) :

1°) L'adultère de la femme est punissable en tous lieux, en tous cas (article 336), alors que celui du mari n'est punissable que commis dans la maison commune (article 339).

2°) La femme coupable est plus sévèrement punie que le mari : emprisonnement pour elle et pour son complice (articles 337, 338) ; amende pour le mari (article 339), sa complice n'est pas punissable.

3°) Le mari a le droit de grâce (article 337, alinéa 2). Il peut arrêter l'effet de la condamnation en consentant à reprendre sa femme. Rien de tel pour la femme.

4°) Le mari bénéficie d'une excuse légale au cas de meurtre commis par lui sur son épouse et le complice de celle-ci, s'il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale (article 324). Pas d'excuse pour la femme.

Il y a une inharmonie dans la répression de l'adultère, le Code Civil proclamant l'égalité des époux dans l'application de la peine, le Code Pénal maintenant l'inégalité. Certains auteurs prétendent que l'égalité de traitement des articles 229, 230 du Code Civil, n'est pas incompatible avec la différence conservée par la répression pénale.

(6) Taudière : De la répression de l'adultère. *Revue pénitentiaire*, 1905, p. 907.

« Quand on considère l'adultère comme délit, celui du mari est beaucoup moins dangereux que celui de la femme parce qu'il ne rend pas suspecte la filiation des enfants. Il doit y avoir inégalité dans la peine, parce que la peine est la satisfaction accordée à la société et que pour elle, le danger est plus ou moins grand suivant que l'adultère vient de la femme ou du mari. Il doit y avoir égalité dans le divorce, parce que le divorce est la satisfaction donnée au conjoint et que venant du mari ou de la femme, l'offense est égale. » (7)

Il convient d'observer qu'une différence de traitement existe en droit civil : au cas de flagrant délit, le mari peut faire constater l'adultère en tous lieux, alors que la femme ne peut le faire constater que s'il est commis dans la maison conjugale, le commissaire de police ne pouvant intervenir que pour le délit pénal.

II. — Secours.

Durant le mariage, la femme vit avec son mari ; le besoin de secours (8) ne joue pas car les besoins respectifs des époux sont satisfaits par les revenus communs. La femme est, comme le disait Pothier, « en pension chez son mari. » Le devoir de celui-ci est précisé par l'article 214 qui l'oblige à la recevoir sous son toit et à lui fournir tout ce qui lui est nécessaire pour vivre. Mais, à son tour, la femme est

(7) Planiol et Ripert : *Traité pratique de droit civil français* ; t. II la famille, par A. Rouast, n° 343 et suiv.

(8) Guerbé : *L'art. 214 du Code civil*. Thèse Paris, 1910.

Lafont : *Le devoir de secours entre époux*. Thèse Paris, 1913.

obligée de secourir son mari, de l'entretenir si, par suite de mauvaises affaires, il est dans le besoin.

Ce devoir s'exerce donc en nature pendant le mariage sous forme d'admission de l'époux indigent sous le même toit, à la même table et par l'achat des fournitures qui lui sont nécessaires. Il est sanctionné par la loi du 13 juillet 1907, permettant à chaque époux de faire saisir-arrêter les revenus du travail de l'autre conjoint dans la mesure où l'exigent les besoins du ménage (9), et par la loi du 7 février 1924, qui, en créant le délit d'abandon de famille (10), a donné une nouvelle conséquence aux obligations ayant leur origine dans les articles 212, 214 (11). Plus généralement, cette loi s'applique toutes les fois qu'une personne ayant été condamnée par jugement à fournir des aliments à son conjoint, à ses enfants mineurs ou à ses ascendants, sera restée plus de trois mois sans s'exécuter (12).

Dès qu'il y a rupture de la vie commune, le devoir de secours ne s'exerce plus en nature, mais sous forme de pension alimentaire.

Les séparations de fait sont déclarées nulles par la loi (article 1443), ainsi que les conventions passées entre époux et y ayant trait. Mais les tribunaux les admettent et reconnaissent aux époux suivant les cir-

(9) P. Laguet : La saisie-arrêt spéciale entre époux des produits de leur travail, pour assurer leur contribution aux charges du ménage, 1920.

(10) Jeanne Dorge : L'abandon de famille. Th. Lille, 1924. Latreille : L'abandon de famille. Th. Toulouse, 1926. Girault : L'abandon de famille. Th. Poitiers, 1927.

(11) Paris, 10 mars 1926 ; D. P. 1926-2-97, note Nast.

(12) Crim., 22 novembre 1924 ; D. H. 1924-698.

constances le droit d'exiger de leur conjoint le versement de la pension alimentaire.

Ainsi la femme l'obtiendra si elle s'est refusée à la communauté de vie parce que son mari la laissait dans le dénuement (13) ; s'il l'a chassée sans raison du domicile conjugal ; s'il l'a abandonnée ; et cette pension deviendra même un droit si, après son abandon, elle offre de reprendre la vie commune et que le mari refuse (14).

La pension doit être régulièrement servie pendant la séparation (15) sous peine de l'application de la loi sur le délit d'abandon de famille. Il en sera ainsi chaque fois qu'il y aura faute du mari. Mais si la séparation est due à sa propre faute, la femme ne recevra rien (16). A son tour, elle pourra être obligée de verser une pension à son mari, si c'est elle qui refuse d'habiter avec lui ou s'il est obligé de désertier le foyer par suite de l'attitude de la femme à son égard (17). Il faut que le mari soit dans l'impossibilité de subvenir à ses propres dépenses et, plus particulièrement au cas où, mariés sous le régime de la séparation de biens, la femme refuse de verser aux mains du mari sa contribution personnelle aux charges du ménage.

Quand la séparation a lieu au cours d'une instance en séparation de corps ou en divorce, la femme continue à bénéficier du devoir de secours complété par le devoir d'entretien (article 214), qui incombe à son mari ; ici encore sous forme de pension alimentaire puisque la vie commune a cessé lorsque le président

(13) Paris, 3 février 1921 ; S. 1922-2-6.

(14) Paris, 16 décembre 1914 ; D. 1927-2-82.
Paris, 3 février 1921 ; D. 1921-2-152.

(15) Trib. Seine, 11 juillet 1922 ; D. 1924-2-105, note Nast.

(16) Note Planiol, Dijon 21 janvier 1891 ; D. 1892-2-149.

(17) Bordeaux, 3 février 1853 ; D. P. 1854-2-10.

du Tribunal a autorisé la femme à avoir un domicile séparé. La femme y a droit, quels que soient ses torts, pour lui permettre de faire valoir ses droits en justice.

Calculée d'après sa position sociale, son genre de vie accoutumé et les ressources de son mari (18), elle comprendra, en plus de tout ce qu'il lui faut pour vivre, elle et ses enfants, les sommes nécessaires aux frais du procès, aux honoraires des avocats. Cette partie de la pension connue sous le nom de provision « *ad litem* », est considérée par certains auteurs (19), comme ne faisant pas partie de la pension alimentaire. D'autres (20) l'y assimilent. Pour que la femme ait droit à la pension alimentaire, il faut que ses ressources personnelles soient insuffisantes. Elle est garantie par l'hypothèque légale de la femme mariée.

Si c'est l'époux qui est dans le besoin, c'est la femme qui lui versera la pension. De plus, si le conjoint dans le dénuement perd le procès, l'autre en paiera les frais.

La séparation de corps prononcée, le devoir de secours persiste, car le mariage continue et ce devoir est indépendant de la vie commune. Il persiste aussi, au cas de divorce, mais au seul bénéfice de l'époux in-

(18) 6 juin 1905 ; S. 1906-1-87.

(19) Garsonnet : *Traité procédure civile*, t. VI, p. 97.
Vraye et Godes, *le divorce et la séparation de corps*, t. II, n° 583.

Coulon, *le divorce et la séparation de corps*, t. II, n° 299.

(20) Planiol et Ripert, t. II, n° 622.

Aubry et Rau : *Cours de droit civil français*, 5^e édition, t. VIII, p. 327.

Carpentier, *op. cit.*, n° 1357.

Lenoir : *Des mesures provisoires et conservatoires*. Thèse Paris, 1921, p. 56.

nocent (article 361). Il n'y a plus mariage ; aussi ces aliments sont dus non en vertu de l'article 212, mais de l'article 1382 pour le dommage subi (21). De même si la séparation de corps est convertie en divorce, la pension subsiste au cas où le divorce cause un dommage à l'époux innocent.

III. — Assistance

Le devoir de secours se double du devoir d'assistance qui est l'obligation pour chaque époux de donner des soins au conjoint infirme ou malade et de le supporter moralement (21). C'est pourquoi il n'a lieu que durant la vie commune mais subsiste au cas de séparation de fait (22). Il est surtout d'ordre moral : c'est une obligation de faire et non de donner comme le devoir de secours. Son manquement est une injure grave que l'époux peut invoquer pour demander le divorce.

§ II. — PUISSANCE MARITALE

Comme nous l'avons déjà énoncé au début de ce chapitre, la puissance maritale (23) (articles 213, 214),

(21) Civ., 18 octobre 1926 ; Gaz. Pal., 20 novembre 1926.

(22) Req., 4 mars 1902 ; D. 1902-1-192.

(23) Trib. Seine, 11 juillet 1922 ; D. 1924-2-105, note Nast.

(23) Chardon : *Traité des trois puissances ; paternelle, maritale, tutellaire*, 1841-42.

Roguin : *Le mariage. Traité de droit civil comparé*, Paris, 1878, t. I.

Paul Gide : *Etude sur la condition privée de la femme*. Paris, 1885.

Morizot-Thibault : *De l'autorité maritale*. Paris, 1899.

Lefebvre : *Le droit des gens maris*, 1908. — *La famille en France, dans le droit et dans les mœurs*. Paris, 1920.

Vialleton : *L'autorité maritale sur la personne de la femme*. Thèse Montpellier, 1919.

est l'ensemble des droits du mari auxquels correspondent des obligations de la femme.

Il n'y a plus de devoirs réciproques, mais des obligations spéciales au mari ou à la femme suivant leur situation respective au sein de la famille, le rôle de chef du mari entraînant la dépendance de la femme. Ici comme dans tous les articles ayant trait aux personnes, le Code se montre laconique et n'édicte, quant aux rapports des membres de la famille entre eux, que peu de prescriptions consistant en des formules rigides d'ordre moral plus que juridique (24).

C'est que le législateur ne se trouve plus en présence de situations purement juridiques, mais en face de faits psychologiques trop nuancés pour trouver une réglementation durable et adéquate. Le laconisme du Code a peut-être été voulu, pour laisser une place à l'évolution inévitable des mœurs (25). Cette évolution a surtout touché la famille (26) et ce qui nous intéresse plus particulièrement ici, les rapports du mari et de sa femme, ne sont plus ce qu'ils étaient bien que les formules du Code soient restées les mêmes.

La puissance maritale n'est plus telle que la concevait Bonaparte : « la femme est la propriété de l'homme parce qu'elle fait des enfants. Il en est comme de l'arbre fruitier qui, produisant des fruits, est la propriété du jardinier. » (27) Comme l'a écrit M. Lab-

(24) On peut comparer la rigidité des art. 212, 213, 214 avec l'art. 371, sur la puissance paternelle.

(25) Fenet : Recueil des travaux préparatoires du Code Civil, 1827, t. IX, page 72.

(26) Coirard : La famille dans le Code Civil. Th. Aix, 1907.
Moutier : Législation moderne de la famille. Th. Nancy, 1920.

Lefèbre, op. cit.

(27) Mémorial de Sainte-Hélène, t. IV, p. 227.

bé : « Les mœurs, presque autant que les lois, influent sur la puissance maritale. Cette puissance a sa source, ou mieux, sa consécration, dans la loi. Elle puise son mode d'exercice et sa vertu dans les mœurs. » (28)

L'absorption de la personnalité de la femme se manifestait par son obéissance (article 213), l'obligation d'avoir le même domicile (article 214), le même nom et la même nationalité que son mari avant la loi du 10 août 1927. Nous allons voir comment l'autorité maritale sous ces derniers aspects a été progressivement réduite ou supprimée, sous la pression des mœurs par la jurisprudence et la législation contemporaine.

I. — Obéissance

Le Code, dans une formule impérative, nous dit que la femme doit obéissance au mari. Mais cette obligation qui soulève encore les protestations des féministes n'est plus qu'un mot : l'obéissance de la femme n'est pas son esclavage. Ce n'est plus l'ancienne dépendance de l'épouse vis-à-vis du mari, qui lui enlevait toute personnalité, toute initiative. Elle se réduit à un simple contrôle du mari sur les actes de sa femme non point dans l'intérêt de la femme elle-même, mais dans l'intérêt du ménage.

Le droit de correction dont jouissait le mari dans l'ancien droit (29), ne cadrant plus avec nos mœurs,

(28) Labbé, note sous Bruxelles, 28 avril 1875 ; S. 1877-1-161.

(29) Beaumonoir : « Li maris le doit castier et repenre selon toutes les manières dont il verra que bon sera pour li oster de tel visse excepté mort ou mehaing ». Coutume de Beauvoisie, édition Beugnot, L. VII, § 6.

est tombé de lui-même. L'arrêt célèbre de la Cour de Chambéry du 4 mai 1872 (30) maintenant ce droit au mari, a été critiqué par tous les auteurs et n'a pas été suivi par la jurisprudence ultérieure (31). Au contraire, ces actes de violence, injures graves, peuvent être invoqués lors du divorce, où, constituant un délit, tombent sous le coup de la loi pénale.

Le droit de correction existe encore en Portugal et n'a été supprimé en Angleterre que récemment.

Liberté de conscience. — La femme peut avoir la religion qu'elle veut. Elle peut en changer à sa guise (32). Le mari doit la respecter. Quels que soient les conflits que la différence de religion fassent naître entre eux, ils ne peuvent être résolus par la volonté propre du mari. La puissance maritale ne peut jouer dans un domaine aussi purement moral. Les époux sont indépendants à ce sujet. Les vexations qu'ils pourraient subir l'un par l'autre entrent dans le cadre des injures graves, causes de divorce.

Relations. — Une des formes de la puissance maritale est le droit pour le mari de surveiller la vie mondaine de sa femme et ses relations. Il peut lui interdire toutes celles qui lui paraissent mettre en danger l'harmonie et l'avenir de la famille.

(30) D. 1873-2-129 ; S. 1873-2-217.

(31) Arrêt récent : Crim., 9 février 1923 ; D. 1924-1-114 ; S. 1923-1-288.

(32) Mont-de-Marsan, 28 janvier 1891 ; Gaz. Pal. 1891-1-384.

Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord sur ce point.

Mais, comme dans tous les domaines où s'exerce l'autorité maritale, les abus sont à craindre (33). Aussi toute surveillance du mari sur les relations de sa femme faite dans la seule intention de l'ennuyer, de la contraindre moralement et d'une façon injustifiée, est considérée comme injure grave. « Le droit finit pour le mari là où l'abus commence. » Cette surveillance doit être judicieuse et modérée. Le mari ne peut refuser toute relation à sa femme, l'isoler complètement, partant la séquestrer, ce qui est un délit pénal.

Quant aux rapports de la femme avec ses parents, le mari ne peut lui interdire de les fréquenter. L'affection de la femme pour ses parents est, comme la religion, indépendante de l'autorité maritale. Mais si les parents exercent sur leur fille une mauvaise influence pouvant aller jusqu'à rompre la paix du ménage, le mari peut ordonner à sa femme de restreindre ses visites, ou même refuser de recevoir ses beaux-parents dans la maison conjugale. (34)

Correspondance. — Les droits du mari sur la correspondance de sa femme ont subi toute une évolution tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Jusqu'à une époque récente, l'opinion dogmatique traditionnelle soutenue par tous les auteurs, exposée dans les travaux préparatoires du Code Civil, était le droit absolu pour le mari de surveiller la corres-

(33) Porcherot : De l'abus du droit. Thèse Dijon, 1901.

(34) Req., 6 août 1907 ; D. 1907-1-512.

pondance de sa femme (33). Seule, l'opinion de Laurent différerait. (39) Sous l'influence de l'évolution des mœurs, du courant moral de libéralisme, les auteurs de nos jours consacrent le principe de l'autorité maritale, mais lui apportent bien des limites pour éviter les abus du mari (37).

L'évolution de la jurisprudence s'est manifestée un peu plus tôt, car les effets pratiques et les abus de ce droit du mari se sont montrés avant que la discussion n'ait eu lieu sur le terrain juridique pur. L'évolution a été parallèle : la jurisprudence comme la doctrine pose en principe le droit de contrôle du mari, mais y apporte de si nombreuses restrictions qu'il n'est plus, en fait, qu'une formule.

Donc, en principe, le mari peut entrer en possession des lettres adressées à sa femme ou écrites par elle, les décacheter, les lire et même se les faire remettre par la poste, sans qu'on puisse lui opposer la règle du secret des lettres missives, qui sont la propriété du destinataire dès qu'elles sont sorties des

(35) Voillaume et Darantière : Les droits du mari sur la correspondance de sa femme. Paris, 1888.

Péret : De l'inviolabilité du secret des lettres. Thèse Paris, 1895, p. 195.

Hansen : Du secret des lettres, Bruxelles, 1892, p. 270.

(36) Laurent : Principes de droit civil français, t. III, p. 162.

(37) Geny : Des droits sur les lettres missives. 2 volumes, Paris, 1911, t. II, p. 210.

Jardel : La lettre missive. Paris, 1911.

Morizot-Thibault, op. cit., p. 182.

Voillaume : Du respect dû à la correspondance. Thèse Paris, 1887, p. 139.

Josserand, t. I, n° 875-939.

main de l'expéditeur (38). Mais ce droit ne peut dégénérer en abus. La jurisprudence se réserve d'apprécier si, suivant les circonstances, il y a eu ou non, abus d'autorité. De plus, le mari ne peut contrôler une lettre de sa femme que si celle-ci en a la propriété. Sinon il commettrait plus qu'une violence, un délit.

Au cas particulier où la femme exerce une profession séparée, le mari n'a aucun droit de contrôle, car il est impossible de séparer la correspondance privée de celle ayant trait à la profession. Si la femme est tenue au secret professionnel (avocat, médecin, sage-femme) le mari est encore plus étranger à la correspondance ; il commettrait en la lisant un acte illícite (39).

A part ces deux situations, les droits du mari n'ont un intérêt juridique que pour la production en justice des lettres de sa femme (40), au cas de divorce, séparation de corps, désaveu de paternité. Jusqu'au milieu du xix^e siècle, la jurisprudence appliqua le principe que la correspondance privée est inviolable, ne peut être produite en justice que du consentement de son propriétaire, ou de toute autre façon, pourvu qu'elle soit légale. L'adultère ne pouvait être prouvé que difficilement. C'est pourquoi on fit intervenir la puissance maritale qui, donnant au mari le droit d'in-

(38) Valéry : Des lettres missives. Montpellier, 1912.
Geny, op. cit., n^{os} 91 à 115.

(39) Valéry : Des lettres missives, Montpellier, 1912.
Geny, op. cit., n^{os} 91 à 115.

(40) Legris : Du secret des lettres missives ; de leur propriété, de leur production en justice. Paris, 1894.

Paret : Des lettres missives ; droits dont elles sont susceptibles. Thèse Dijon, 1901.

Jardel : De la production en justice de la correspondance. Thèse Lille, 1903.

tercepter les lettres de sa femme, lui permit de les produire en justice (41).

C'était créer une inégalité entre le mari et la femme, celle-ci n'ayant aucun moyen de se procurer licitement les lettres de son mari. Aussi la Cour de Cassation n'exige pas que la femme prouve comment elle est en possession des lettres appartenant à son mari. C'est à lui de prouver qu'elle se les ait procurées frauduleusement (42).

La jurisprudence a continué à atténuer cette différence entre les époux, en décidant que les pouvoirs d'investigation du mari ne sont pas illimités. Elle rejette des débats les lettres qu'il a réussi à avoir par des moyens déloyaux. Les arrêts récents suivent cette voie (43). Les deux époux ne doivent produire que les lettres venues loyalement entre leurs mains, sans s'en tenir à la puissance maritale, par communication volontaire du destinataire (44), découverte dans une corbeille à papier, dans des vêtements, meubles, etc...

Il est à souhaiter que cette différence entre époux s'atténue de plus en plus et qu'ils finissent par jouir de moyens égaux pour faire valoir des droits égaux.

II. — Domicile.

Après l'obéissance, le deuxième effet de la puissance maritale est l'obligation pour la femme d'habiter

(41) Crim., 9 juin 1883 ; D. 1884-1-89. — Civ., 15 juillet 1885 ; D. 1886-1-145. — Paris, 16 mars 1896 ; D. 1896-2-512.

(42) Civ. 13 juillet 1897 ; S. 1898-1-220. — Req., 19 juillet 1909 ; S. 1910-1-7.

(43) Cass., 5 février 1900 ; D. 1901-1-45. — Req. 19 juillet 1910 ; S. 1910-1-7.

Req., 5 mars 1918 ; S. 1918-1-175 ; D. P. 1930-2-129, note Nast.

(44) Req., 5 août 1902 ; S. 1903-1-45.

avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider, comme l'indique l'art. 214.

Cet article présente deux caractéristiques : c'est à la fois un devoir réciproque pour les époux, car si la femme doit habiter avec son mari, celui-ci a l'obligation civile de la recevoir, et un devoir spécial à la femme, découlant de la puissance maritale, qui l'oblige à accepter le domicile choisi par le mari. La cohabitation est un corollaire du devoir d'obéissance, mais elle est surtout de l'essence même du mariage.

Doctrine et jurisprudence sont d'accord pour reconnaître au mari le droit de fixer la résidence de la famille, car la profession du mari la fait vivre et cette profession exercée au domicile en fait le centre des affaires (45).

La doctrine affirme la dépendance absolue de la femme. La jurisprudence aussi, mais, comme pour la correspondance, y apporte quelques restrictions : la femme peut refuser d'habiter avec son mari s'il ne peut ou ne veut la recevoir, si le logement est insuffisant (46), si sa sécurité et sa dignité y sont en danger (47), ou encore si elle subit des mauvais traitements de la part de son mari (48), s'il entretient une concubine sous le même toit (49), ou si elle devient la subalterne de sa belle-mère (50).

Mais elle ne peut alléguer les malheurs ou l'infortune de son mari (51). La faute de ce dernier est néces-

(45) Idem dans Code civil allemand, art. 1354. — Code suisse, art. 160.

(46) Req. 4 mars 1914 ; D. 1916-1-31.

(47) Req. 20 novembre 1860 ; D. 1861-1-305.

(48) Req. 27 janvier 1908 ; D. 1908-1-154.

(49) Req., 2 janv. 1877 ; D. 1877-1-162.

(50) Douai, 26 mars 1911 ; D. 1902-2-188.

Thouars, 5 décembre 1924 ; G. P., 12 fév. 1925.

(51) Note Esmein, S. 1884-1-457.

saire. La jurisprudence, en étendant de plus en plus les restrictions à la cohabitation, reconnaît pratiquement les séparations de fait entre époux.

Quant aux sanctions du devoir de cohabitation, il n'y a d'unité ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence. Si la femme refuse sans raisons d'habiter avec son mari, il peut demander le divorce, des dommages-intérêts, refuser de payer la pension alimentaire (52), saisir les revenus de la femme, la faire condamner à une astreinte (53), ou la faire ramener par la force publique, manu militari (54).

III. — Nom

La femme prend, en se mariant, le nom de son mari (55). Aucun texte, il est vrai, ne lui en donne formellement le droit : c'est un usage remontant au XIII^e siècle ; la femme en se mariant sortait de sa famille pour entrer dans celle de son mari et prendre sa condition. De là l'obligation pour la femme de porter aussi son

(52) Trib. Seine, 14 décembre 1923 ; Gaz. Trib., 9 novembre 1924.

(53) Au sujet des astreintes, cf. Esmein : *Origine et logique des astreintes*. Rev. trim. dr. civ., 1903.

Berryer : *Des astreintes*. Thèse Paris, 1903.

(54) Paris, 7 janvier 1903 ; D. 1903, 2-16.

Lyon, 14 mai 1920 ; D. 1920-2-128.

Chambéry, 30 octobre 1931 ; S. 1932-2-14.

Contra : Quimper, 15 mars 1905 ; D. 1905-2-86.

Dijon, 12 janvier 1912 ; Rec. Dijon, 1912, p. 9.

(55) Pothier : « Un des effets civils du mariage concernant la femme, est que la femme acquiert, par son mariage, le nom de son mari. »

(56) Perreau : *Du droit de chaque époux sur son nom patronymique et sur celui de son conjoint*. Rev. trim. dr. civ., 1903, p. 515 et suiv. ; 1905, p. 65 ; 1909, p. 501.

Le droit au nom en matière civile, 1910.

nom. L'usage se maintint au cours des siècles, mais perdit, avec l'évolution des idées vers l'égalité des sexes, la notion de prédominance du mari, pour se baser sur la communauté d'intérêts matériels et moraux qui unissent les époux. La femme, tout en entrant dans la famille du mari, ne sort pas de la sienne. Elle prend le nom du mari sans perdre les droits attachés au sien.

Comme il n'existe pas de texte qui rende cet usage légal, on a longtemps contesté à l'épouse le droit de porter le nom du mari. La discussion a été tranchée indirectement par la loi du 6 février 1893 (art. 299, 311, C. civ.), permettant à la femme de reprendre l'usage de son nom au cas de divorce ou de séparations de corps. Depuis lors, la majorité des auteurs et la jurisprudence reconnaissent ce droit à la femme. En même temps qu'un droit, c'est pour elle une obligation.

C'est un droit (57) : la femme prend le nom marital, tout en conservant le sien. Elle peut le défendre et agir en justice contre les usurpations des tiers (58). Le nom du mari ne s'étend pas seulement à sa vie privée. Il est plus qu'une désignation mondaine, plus que la constatation d'un état de fait. C'est « l'appellation officielle de la femme », entraînant des conséquences juridiques importantes : elle peut faire du commerce sous ce nom, signer par ce nom les actes officiels, à moins que la loi n'en décide autrement.

(57) Cass., 27 août 1875 ; S. 1876-1-47. — Trib. Seine, 19 avril 1902 ; Tr. jud. 1902-2-262. — Trib. Seine, décembre 1901 ; Gaz. Pal. 1902-2-196 ; D. 1902-2-19,

Note Colin, D. 1904-2-1.

(58) Rouen, 10 novembre 1909 ; D. 1911-2-165. — Cour ap. Bourges, 18 oct. 1921 ; D. 1922-2-125.

C'est une obligation : la femme n'a pas le droit de refuser de le porter (59). Il y a d'ailleurs avantage pour les tiers à ce qu'elle porte le nom de son mari, car les tiers connaissent ainsi son incapacité.

Il arrive souvent que le mari joigne à son nom celui de sa femme. Le droit lui en fut reconnu en matière commerciale pour éviter les homonymes. Mais, en matière civile, la jurisprudence a hésité pendant longtemps. Or, les homonymies sont fréquentes et présentent même hors commerce des inconvénients. C'est pourquoi on laisse maintenant au mari la faculté de porter les deux noms réunis. La jurisprudence s'y oppose quand ce n'est pas par nécessité, mais par vanité ou pur caprice (60).

Le droit de la femme au nom du mari dure autant que le mariage. Aussi cesse-t-il au cas d'annulation, au cas de divorce ou de séparation de corps (art. 299-311) ; les tribunaux décident suivant les circonstances, mais actuellement la jurisprudence est défavorable à la garde du nom. Au cas de mort du mari, le mariage continue au profit de la femme. Elle porte le nom marital jusqu'à nouveau mariage.

IV. — Nationalité de la femme mariée (61)

La femme prenant, en se mariant, la condition, le nom de son mari, prenait aussi sa nationalité, toujours dans le même but : l'unité de la famille. C'est

(59) Trib. Seine, 1902, déjà cité.

(60) Seine, 19 avril 1858, et Paris, 10 juin 1859 ; D. 1868-1-313.

(61) Valéry : La nationalité française : commentaire de la loi du 10 août 1927. Paris, 1927.

Paul Lerebourg Pigeonnière ; D. H. 1927, chronique, p. 75 : La loi du 10 août 1927 sur la nationalité.

Savatier : Lois nouvelles, 1927, p. 321.

Charles de Boeck ; D. P. 1928-4-9.

pourquoi l'art. 19 du Code civil (loi du 26 juin 1889) décidait que : « la femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari, à moins que son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari, auquel cas elle reste française. »

Rompant avec la tradition, la loi du 10 août 1927 décide, au contraire, que la femme conserve sa nationalité, sous réserve de certaines conditions.

Ce revirement dans la loi française fut préparé par le mouvement féministe et la législation des pays étrangers.

Au XIX^e siècle, le courant féministe s'est manifesté en faveur de l'égalité des sexes, pour l'émancipation de la femme et son indépendance dans le ménage. Si la prédominance du mari est indispensable pour le bon fonctionnement de l'association conjugale, elle ne doit pas, d'après les féministes, avoir de place dans le domaine de la pensée et de la conscience. Les deux époux peuvent avoir des religions différentes sans que le mari puisse imposer la sienne à sa femme, l'intérêt matériel du ménage n'étant pas directement en jeu.

Or, de même que le choix d'une religion, celui d'une nationalité est déterminé par des raisons intellectuelles et sentimentales, des affinités parfois obscures, qui ne sont pas les mêmes chez les deux époux et qui peuvent faire hésiter une femme à se marier, si elle doit perdre sa nationalité. Celle du mari, qui lui est imposée, est pour elle une contrainte morale, une atteinte inutile à sa liberté de penser, car, aux dires des féministes, la divergence de nationalité des époux est regrettable pour leur harmonie spirituelle, mais elle n'est pas un obstacle au bon fonctionnement de l'association conjugale. Pourquoi alors ne pas don-

ner à la femme qui se marie la faculté de garder sa nationalité ?

C'est ce que proclament quelques pays étrangers, sous l'influence de ce mouvement féministe :

U. S. A. (62), la loi du 22 septembre 1922 pose le principe de l'égalité des sexes et de l'indépendance de la femme en matière de nationalité : la femme américaine mariée à un étranger conserve sa nationalité.

Angleterre (63), loi du 22 mars 1922, art. 2 § 1 : la femme sujette britannique ne perd pas sa nationalité en raison de son mariage avec un étranger ; — art. 2, § 3 ; la femme étrangère qui épouse un sujet britannique est considérée comme étrangère.

Belgique, loi du 15 mai 1922, art. 18 et 22 ; loi du 4 août 1924, art. 10 : la femme belge qui épouse un étranger perd sa qualité de belge, si la loi de son mari lui donne la nationalité de celui-ci, mais elle peut conserver sa nationalité belge d'origine par une déclaration à l'officier de l'état civil.

Roumanie (64), loi du 23 février 1924, art. 4 : l'étrangère mariée à un roumain devient roumaine ; — art. 38 : la roumaine mariée à un étranger devient étrangère, sauf au cas où la loi du mari ne lui donne pas la nationalité de ce dernier, ou lorsqu'elle s'est réservée la qualité de roumaine par son contrat de mariage et à défaut par une déclaration expresse authentique, faite avant ou à l'occasion du mariage.

(62) Jesse - S. Reeves : Nationality of married woman american ; journal of international law 1923, p. 27 à 35.

(63) Hansard : Parliamentary debates commos, 1922, vol. 152, p. 1150.

(64) « Revue », de Lapradelle, 1924, p. 468 et 492.

Suède (65), loi du 23 mai 1924 : la Suédoise épousant un étranger conserve la nationalité suédoise, si elle continue à habiter la Suède, si elle réside en tout pays étrangers autres que celui de son mari.

A leur suite, la France, par la loi du 10 août 1927, permit à son tour à la femme mariée de garder sa nationalité.

Le mouvement féministe qui est à l'origine de ces réformes, l'exemple des pays étrangers que la France semble avoir subi et suivi, ne sont pourtant que les précurseurs apparents de la loi du 10 août. Elle n'est pas une victoire féministe. Sa véritable cause, qui est aussi son but, est d'ordre plus pratique et d'intérêt plus pressant que la sauvegarde de la liberté morale de la femme mariée. Elle n'a été édictée que pour lutter contre la dénatalité. En France, les naissances sont bien moins nombreuses qu'à l'étranger. De plus, des familles entières d'étrangers se sont établies en France et ont, sur notre sol même, une natalité supérieure à la nôtre (polonais, italiens). Si bien que certaines régions sont submergées et menacent d'être colonisées (66). En face de ce double fléau, dénatalité française, immigration étrangère, le seul remède était l'assimilation des étrangers aux français ; ce que la loi a essayé de résoudre, en facilitant leur naturalisation et en les introduisant dans les familles françaises. Or, le changement de nationalité résultant du mariage était contraire à cette absorption des éléments

(65) « Revue », de Lapradelle, 1924, p. 445.

(66) Exemples donnés par M. Mallarmé, à la séance de la Cambre, 31 mars 1927 ; J. off. 1^{er} et 8 avril, p. 1110.

Telle commune : 5.264 étrangers, pour 3.217 français.

3.534 étrangers pour 1.420 français.

étrangers : les étrangers immigrés étant plus nombreux que les français émigrés, la naturalisation automatique de la femme par le mariage (art. 19 ancien) nous faisait perdre plus de françaises qu'elle ne nous annexait d'étrangers. En France, depuis la guerre, il y a moins d'hommes que de femmes. Le choix étant plus restreint, les françaises sont amenées à épouser des étrangers établis sur le sol français. Dans la plupart des pays, les femmes suivant la nationalité de leur mari, devenaient étrangères et étaient perdues pour la France, ainsi que les enfants naissant de l'union.

La loi du 10 août 1927 pare à ce danger, en laissant à la femme sa nationalité et en déclarant que sont français les enfants légitimes nés en France, d'une mère française (67). Ce sont les deux innovations capitales de la loi et qui prouvent bien que son unique but a été moins de satisfaire les revendications féministes que d'éviter les dangers de la dépopulation.

La loi, complétée par un décret réglementaire, promulguée le même jour (10 août 1927) envisage deux cas : la femme française épouse un étranger ; la femme étrangère épouse un français.

Premier cas : la femme française épouse un étranger.

Article 8, alinéa 2 de la loi : « La femme française qui épouse un étranger conserve la nationalité fran-

(67) La presse mit, voici quelque temps, à la connaissance du public, que le gouvernement italien offrait un voyage gratuit aux italiennes enceintes pour qu'ayant leur enfant en Italie, la loi française de 1927 ne joue pas sur ce point que : tout enfant né en France d'un père étranger, né lui-même en France, est français. Le jeu de la loi est ainsi retardé d'une génération.

çaise, à moins qu'elle ne déclare expressément vouloir acquérir, en conformité des dispositions de la loi nationale du mari, la nationalité de ce dernier. »

Alinéa 3 : « Elle perd la qualité de française si les époux fixent leur premier domicile hors de France après la célébration du mariage, et si la femme acquiert nécessairement la nationalité du mari, en vertu de la loi nationale de ce dernier.

La femme française qui épouse un étranger reste donc française, sauf dans deux cas :

1° Si elle déclare prendre la nationalité de son époux. Il faut alors qu'elle opte volontairement pour la nationalité de son mari et que la loi nationale de ce dernier lui permette de l'acquérir, sinon la femme se trouverait « heimatlos », sans nationalité.

L'article 9 du décret indique les conditions dans lesquelles cette option doit être faite :

Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil demande au futur époux un certificat de coutume attestant que sa femme prendra, par suite du mariage, sa nationalité. Au moment du mariage, il demandera à la femme si elle veut, suivant la loi de 1927, rester française ou si elle opte pour la nationalité de son mari, conformément à la loi nationale de ce dernier.

Si la femme opte pour la nationalité de son mari, elle doit alors en faire une déclaration écrite, spécifiant, à peine de nullité, quelle nationalité elle entend acquérir.

2° Si le premier domicile des époux est situé hors de France. En conséquence, le futur époux doit remettre à l'officier de l'état civil une déclaration écrite relative à la situation du domicile conjugal.

Mais le décret n'a pas prévu quelle serait la nationalité de la femme, si, contrairement à la déclaration faite par le mari, les époux sont restés en France, ou, à l'inverse, si, après avoir déclaré rester en France, les époux se sont établis à l'étranger.

Lorsque le domicile conjugal a été fixé à l'étranger, la femme ne prend la nationalité de son mari que si la loi nationale de ce dernier l'exige. Ainsi une française mariée avec un anglais fixé en Angleterre, reste française, grâce à la loi anglaise du 22 mars 1922.

Les femmes mariées antérieurement à la loi ont bénéficié d'un délai d'un an à dater de sa promulgation pour revendiquer la nationalité française (par simple déclaration au juge de paix) moyennant certaines conditions : résidence habituelle en territoire français depuis deux ans au moins et consentement du mari au changement de nationalité (art. 14 de la loi).

Deuxième cas : l'étrangère épouse un français.

A titre de réciprocité, la loi du 10 août décide que l'étrangère qui épouse un français ne devient française que :

- 1° si elle déclare expressément vouloir le devenir ;
- 2° si sa loi nationale lui confère nécessairement la nationalité du mari.

Les étrangères mariées avant la promulgation de la loi n'ont pu, comme les françaises dans le même cas, revendiquer leur nationalité d'origine.

La loi du 10 août 1927, telle que nous l'avons exposée, présente de gros inconvénients quant à ses conséquences dans la vie privée et publique.

Quoi qu'aient dit les féministes et tous les parti-

sans de la loi, la diversité de nationalité des époux est un danger pour l'unité de la famille. Des froissements se produiront, non seulement entre les deux époux, mais entre les deux familles alliées et le malentendu s'aggravera avec la naissance des enfants. A quelle nationalité appartiendront-ils ? A celle du père ou à celle de la mère ? Ainsi : une française se marie avec un italien fixé en France et déclare garder la nationalité française. Les enfants naissant de l'union seront français vis-à-vis de la mère, et italiens vis-à-vis du père, de par la loi italienne. Il est impossible, au moment où les deux pays revendiquent l'enfant que la bonne harmonie des époux et de leur famille n'en soit pas atteinte.

L'ancien article 19 tranchait le conflit à l'avance : la femme française épousant un étranger savait qu'elle deviendrait étrangère ainsi que ses enfants, ce qui l'obligeait à réfléchir. Si elle se mariait c'est qu'elle acceptait ces conditions. Avec la loi de 1927, le champ est ouvert aux discussions et au désaccord au cœur de la famille.

Au point de vue public, n'y a-t-il pas aussi un danger pour la sûreté intérieure et extérieure de l'État à ce que les deux conjoints n'aient pas la même nationalité ? Beaucoup de femmes sont fonctionnaires et, jusqu'à la loi de 1927, en se mariant avec un étranger, elles devenaient étrangères et perdaient leur emploi. En restant françaises, elles conservent leur poste et peuvent, volontairement ou non, être amenées à faire part à leur mari étranger de secrets intéressant les services publics, au détriment de la France. Le péril est le même au cas réciproque d'un fonctionnaire français marié à une étrangère. De plus, au cas de guerre, le conjoint étranger peut être interné dans un camp de concentration.

Les inconvénients de la loi ne se bornent pas là. Dans bien des actes de la vie juridique, on va se demander quelle loi appliquer. On a répondu que chacun des époux serait régi par sa loi nationale propre. Le conflit n'en restera pas moins entier quand les deux lois trancheront différemment et auront, pour un même sujet, des conséquences dissemblables. Voici quelques exemples des difficultés qui se présenteront :

— Quel régime matrimonial réglera les rapports pécuniaires de deux époux, l'un français, l'autre italien, mariés sans contrat, le régime légal étant, pour la France la communauté, pour l'Italie la séparation de biens ?

— Les donations entre époux sont valables en France, sous certaines restrictions. D'autres pays les admettent, d'autres les interdisent. Un mari français pourra faire une libéralité à sa femme, qui, elle, peut-être, ne le pourra pas.

— De même pour les droits successoraux du conjoint survivant. Si le mari français meurt, sa femme étrangère héritera, alors qu'à l'inverse, si la femme meurt la première, le mari n'aura peut-être aucun droit à la succession.

— En France, la femme mariée est incapable. Comment agira en France, une Anglaise mariée à un Français, la loi anglaise supprimant la nécessité de l'autorité maritale ? A l'inverse, une Française mariée à un Anglais pourra-t-elle se passer ou non de cette autorisation ?

— Lorsque les deux lois nationales n'imposent pas aux époux les mêmes obligations, la femme française pourra-t-elle, suivant les art. 212-213 C. civ. exiger que son mari l'entretienne, et le mari français pour-

ra-t-il reprocher à sa femme soviétique son infidélité ?.

Les conséquences pratiques de la loi sont donc bien mauvaises. Elle n'amène que des injustices quand les époux sont traités différemment (droits successoraux du conjoint survivant, donation entre époux) ou des conflits de lois inextricables (régimes matrimoniaux).

CHAPITRE II

ROLE DE LA FEMME DANS LA GESTION DES INTERETS PECUNIAIRES DU MENAGE

Le mari est le chef du ménage. L'art. 1378 ne permet pas que le contrat de mariage porte atteinte à cette prérogative. Deux corollaires s'ensuivent : concentration des revenus entre les mains du mari, libre disposition de ces revenus.

Le rôle de l'épouse dans la gestion des intérêts pécuniaires de la famille se trouve donc juridiquement bien restreint. De plus, toute initiative lui est enlevée par le Code civil proclamant, dans les articles 215-217, son incapacité.

La femme mariée est assimilée aux enfants mineurs, aux fous interdits, aux condamnés à une peine afflictive et infâmante (art. 1124). Cette incapacité découle, comme tout ce que nous avons étudié dans le chapitre précédent, de la puissance maritale. Elle est une conséquence du mariage, et même sa consé-

quence la plus importante (1), car la puissance maritale s'exerçant sur la personne de la femme, est d'ordre intérieur, nécessaire au bon fonctionnement moral du ménage, mais sans aucun prolongement sur les rapports avec les tiers, alors qu'ici, la vie matérielle de la famille est en jeu, ainsi que l'intérêt des personnes avec lesquelles sont passés les contrats du ménage.

Etudier le rôle de la femme dans la gestion des intérêts pécuniaires de la famille, c'est étudier cette incapacité, les atténuations qui lui ont été apportées, les aspects différents qu'elle prend suivant le régime matrimonial et enfin l'état actuel de l'opinion à son égard.

§ I. — L'INCAPACITE DE LA FEMME MARIEE

Nous ne croyons pas nécessaire de reprendre encore une fois tout le détail de cette question qui, depuis le code, a fait l'objet de bien des ouvrages et que tous les manuels de droit civil traitent longuement. Nous n'en ferons donc qu'une synthèse, car on ne peut passer sous silence ce qui est le point capital des droits civils de la femme (2).

(1) « L'effet le plus tangible de la puissance maritale, le seul qui ait une véritable portée juridique, en ce sens qu'il n'a pas, comme les autres, trouvé dans le progrès des mœurs des restrictions et des tempéraments de nature à le rendre, en fait, à peu près négligeable, c'est l'incapacité de la femme mariée. » Colin et Capitant : Cours élémentaire de droit civil français, 5^e édition, 1927, t. I, page 614.

(2) Ce qui est intéressant à noter, c'est l'évolution des idées quant au fondement de cette incapacité.

Dans l'ancien droit romain, les femmes étaient sous une tutelle perpétuelle, en raison de l'infériorité, de la fragilité

Tant que dure le mariage, et malgré l'absence, la folie, l'interdiction de son mari, l'épouse est frappée d'une incapacité générale et ne peut faire aucun acte de la vie juridique, sans l'autorisation maritale.

Les actes extra-judiciaires lui sont interdits (art. 217) : l'épouse ne peut seule donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux. En termes plus généraux, elle ne peut « contracter », car la liste de l'art. 217 n'est pas limitative.

Quant aux actes judiciaires (art. 215), elle ne peut ester en jugement sans l'autorisation maritale, quel que soit le procès et son rôle dans le procès, même s'il est intenté contre son mari. Nous verrons à propos des régimes matrimoniaux que la femme, relevée de son incapacité par le régime adopté, est quand même obligée d'obtenir l'autorisation de son mari pour les procès qu'elle engage quant à l'administration de ses biens propres. Elle est capable de les administrer seule, mais non de plaider, ce texte ayant pour

de leur sexe « propter imbecillitatem sexus ». Aussi, elles passaient, en se mariant, de l'autorité paternelle sous la manus mariti et n'avaient aucune personnalité juridique. Elles étaient considérées « loco filiae », comme une de leurs filles. Avec la disparition du mariage cum manu, la capacité de la femme finit par devenir presque entière.

Dans le droit coutumier, le fondement est différent. L'incapacité se rattache, non au sexe, mais à l'autorité maritale, mundium germanique, c'est-à-dire puissance du mari sur la personne et les biens de sa femme, les époux formant une association, dont le mari est le chef. Ce n'est qu'au xvi^e siècle, avec la renaissance du droit romain, que l'idée d'une incapacité naturelle de la femme, en raison de son sexe, vint se combiner à la conception de la dépendance de la femme au mari, en raison du mariage.

Le Code civil, s'inspirant de ces précédents historiques, maintint l'incapacité de la femme mariée et en fit une conséquence légale du mariage.

but d'empêcher la femme de se lancer sans réflexion dans de mauvais procès.

Toutefois, il existe quelques actes que la femme mariée peut faire seule. Elle est relevée de son incapacité pour faire son testament (art. 226 - 105, al. 2), exercer certains droits de famille, par exemple reconnaître un enfant naturel né avant le mariage, faire les actes conservatoires concernant son patrimoine : inscription d'hypothèque, transcription, sommations, etc. Elle est tenue des conséquences de ses délits, quasi-délits et quasi-contrats. Car, dans tous ces cas, aucune atteinte n'est portée à l'autorité maritale.

L'autorisation du mari n'est pas soumise à des formes spéciales : elle est expresse ou tacite pour les procès et, pour les actes extra-judiciaires, elle résulte ou du concours du mari dans l'acte, ou d'un écrit. Elle doit être spéciale à chaque acte. Le mari ne peut donner à sa femme l'autorisation générale de faire telle catégorie d'actes. L'autorisation générale n'est permise qu'à la femme commerçante. « La femme n'a pas, comme le dit M. Vialleton, la liberté absolue dans le droit au travail ». Il lui faut l'autorisation de son mari pour entreprendre une situation séparée. Mais, dès qu'elle l'a obtenue, cette autorisation est générale et valable pour tous les actes auxquels son négoce l'obligera (art. 220, C. civ., art. 4, C. Commerce).

Si le mari ne peut ou ne veut donner l'autorisation, la femme a la ressource de la demander à la justice. Il pourra se produire ce fait qu'une femme, tutrice de son mari aliéné, pourra faire seule, à la place et au nom du mari, les actes le concernant, et elle devra demander l'autorisation de la justice pour ses propres affaires.

La sanction du défaut d'autorisation est la nullité relative, dont la prescription est décennale.

§ II. — ATTENUATIONS APPORTEES A L'INCAPACITE DE LA FEMME MARIEE

La situation subordonnée de la femme au mari, lui enlevant toute action dans la vie domestique du ménage, ne cadre plus avec l'évolution des idées et des mœurs. « Elle se rattache à des mœurs tout à fait différentes des nôtres, survivance attardée de conceptions sociales à jamais disparues » (3). Elle est devenue « une exagération que l'histoire peut expliquer mais qui ne justifie pas le but de cette institution (puissance maritale), lequel est simplement la direction morale de la famille » (4). La puissance maritale s'exerçant sur la personne de la femme, trouva son correctif dans la transformation de la vie familiale vers plus d'indépendance pour chacun de ses membres, alors que l'incapacité de la femme mariée, d'ordre purement juridique, ne pouvait s'atténuer que par l'intermédiaire du législateur. Aussi, celui-ci multiplia-t-il les exceptions, si bien que, si le principe demeure, son domaine, ses applications sont de plus en plus rétrécies (pages 87-88-89-90).

La jurisprudence, dès le xvi^e siècle, a apporté une atténuation à l'incapacité de la femme mariée, par la théorie du mandat domestique tacite (5).

(3) Coljn et Capitant, t. I, p. 614.

(4) Planiol et Ripert, tome II : La famille, par A. Rouast, n° 406.

(5) Basset : Le rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires de l'association conjugale. Thèse Paris, 1896.

Aftalion : La femme mariée. Thèse Paris, 1899.

Binet : La femme dans le ménage. Thèse Nancy, 1904.

La femme effectue journellement, sans autorisation maritale ni de justice, un grand nombre d'actes, en particulier des achats d'aliments, de fournitures nécessaires aux besoins du ménage, sans qu'on lui en conteste jamais la validité. Ce droit, qu'aucun texte formel ne lui consacre, a dû lui être reconnu par la jurisprudence en face des exigences de la vie pratique, la femme ne pouvant demander une autorisation spéciale pour chacun des contrats qu'elle passe tous les jours, pour l'entretien de la famille. Comme, en France, elle n'a pas de pouvoirs propres, le fondement de ce droit a été d'abord recherché dans une autorisation tacite et générale donnée par le mari, par le fait même du mariage. Quelques arrêts sont dans ce sens (6).

Mais cette théorie ne cadrant pas avec les principes du Code : autorité maritale, spécialité de l'autorisation, une autre a été appliquée, celle du mandat domestique tacite. Elaborée dans l'ancien droit (7), la jurisprudence l'a reprise et la maintient. Quelques auteurs la critiquent, mais elle prédomine, car elle s'harmonise avec les principes directeurs de notre législation.

« La jurisprudence a été plus préoccupée de donner des solutions pratiques satisfaisantes pour le crédit du ménage et la sécurité des tiers, que de réaliser une construction logique et solidement fondée en droit. Elle tend d'ailleurs à se fixer avec assez de netteté

(6) Douai, 24 décembre 1833 ; D. 1847-2-59.

Alger, 29 mars 1874 ; D. 1875-2-59.

(7) Dumoulin : *Commentarii in antiq. consuet. parieus*, titre X, sur les articles 112-114, de l'ancienne coutume de Paris, n° 3.

pour qu'on puisse considérer qu'il y a ici une véritable coutume juridique » (8).

Le mandat peut être tacite et les incapables peuvent être mandataires (art. 1935-1990). Partant, le mari est présumé avoir donné tacitement (par le seul fait du mariage) mandat général à sa femme pour tous les actes pourvoyant aux besoins journaliers du ménage, en raison des aptitudes particulières de la femme à remplir ce rôle.

Elle ne cesse donc pas d'être incapable, elle contracte au nom de son mari. Juridiquement, c'est lui qui agit, par conséquent qui est responsable. Le mandat existe, quel que soit le régime matrimonial choisi par les époux.

Les actes faits par la femme en raison de ce mandat ne peuvent viser que l'entretien du ménage : dépenses alimentaires, achats de vêtements, de tout ce qui est nécessaire à chaque membre de la famille, contrats de louage de domestique, de précepteur, de maître de pension des enfants (9).

Le mari seul est obligé, même pour les emprunts faits par sa femme à des tiers (10), les endossements de billets (11). Mais, n'étant tenu que dans la mesure du mandat, si la femme excède les pouvoirs par lui donnés, il peut demander la réduction des dépenses faites par sa femme.

La difficulté est de savoir à quoi limiter le mandat : aux revenus du ménage ou à leur fortune apparente, leur train de vie. Les tiers, les fournisseurs, ne connaissent que ce dernier. On trouve des arrêts dans les deux sens, mais la jurisprudence a plutôt tendance

(8) Planiol et Ripert, t. II, n° 391 et suiv.

(9) Lyon, 20 décembre 1920 ; D. 1921-2-74.

(10) Civ., 27 juin 1922 ; D. 1922-1-200.

(11) Alger, 1^{er} juin 1904 ; D. 1907-2-53.

à étendre le mandat à la fortune apparente, même si les dépenses excèdent les revenus du ménage.

Le mari, en vertu de son autorité maritale, a le droit de révoquer le mandat donné à sa femme. Le procédé le plus usité est de prévenir les fournisseurs qu'il n'est plus responsable des actes de sa femme. L'insertion dans les journaux n'est pas suffisante, il vaut mieux un avertissement individuel, car la révocation du mandat n'est opposable aux tiers que s'ils en ont eu connaissance. Aussi, le mode de publicité par insertion dans les journaux, efficace dans les petites villes, ne l'est pas complètement dans les grandes, et le mari peut, malgré sa révocation, être tenu de payer les dettes contractées par sa femme.

Le retrait du mandat domestique, comme d'ailleurs le retrait de pouvoirs de la femme sur ses biens réservés, doivent, en Alsace et Lorraine, être publiés au registre matrimonial.

En Allemagne et en Suisse, la femme n'est pas la mandataire de son mari. Elle a un droit propre, « le pouvoir des clefs », « schlüsselgerwalt ». Elle s'oblige en même temps que son mari, qui peut, par décision judiciaire, lui faire retirer ses pouvoirs si elle en abuse (12).

Il semble que le mandat devrait disparaître quand les époux se séparent, car il n'est pas logique de présumer que le mari maintient à la femme sa qualité de mandataire quand il y a mésintelligence dans le

(12) Code civil allemand, art. 1356-57. — Code civil suisse, art. 163 et suiv.

Saleilles : Condition juridique de la femme, dans le Code civil allemand. Réforme sociale, 1901.

ménage allant jusqu'à la séparation. C'est l'opinion de plusieurs auteurs et de quelques arrêts (13).

Mais les séparations amiables n'étant pas reconnues par la loi, la femme reste sous la puissance maritale, et n'a pas de pouvoirs propres. Comment alors fera-t-elle pour accomplir les actes qui sont nécessaires pour vivre ?

La jurisprudence admet la persistance du mandat (14) puisque sa cause, le mariage, existe toujours. La plupart des auteurs approuvent et quelques-uns ont cherché une autre base juridique, soit dans l'idée d'obligation alimentaire de l'article 212, soit dans l'obligation d'entretien de l'article 214 (15). La jurisprudence, en maintenant le mandat, donne une solution purement prétorienne, dont la seule valeur, comme bien des réformes jurisprudentielles, est de s'adapter aux nécessités de la vie pratique. Ainsi que le disent MM. Colin et Capitant : « les nécessités de la vie sont plus fortes que les principes même les plus rigides et les plus farouches du droit positif » (16).

L'intérêt des tiers était à préserver. Aussi ne se trouveront-ils pas lésés, grâce au mandat, par une séparation entre époux qu'ils ignorent.

La jurisprudence va même fort loin en élargissant d'une manière surprenante les pouvoirs de la femme

(13) Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville ; Contrat de mariage, t. I, n° 503.

Paris, 25 mai 1898 ; D. 1899-2-309.

(14) Bordeaux, 17 décembre 1913 ; G. T., 10 août 1914.

(15) Aubry et Rau, t. VIII, n° 509, p. 169.

Guillouard : Traité du contrat de mariage, t. II, n° 868.

Huc : Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. IV, n° 154. Note de Loynes, D. 1891-2-27.

(16) Colin et Capitant, t. I, p. 639.

séparée, pour remédier à son incapacité (17). Les limites du mandat sont étendues à tous les actes que rend nécessaire l'existence séparée des époux. C'est ainsi que la femme devra louer un logement (18), chercher à se procurer des ressources soit en faisant fructifier ses économies, soit en aliénant quelques bijoux ou valeurs (19). Les tribunaux valident tous les actes de la femme séparée, faits sans autorisation maritale. Si la solution est équitable en pratique, elle est mal justifiée en droit, ce prétendu mandat n'ayant plus ni fondement ni limites.

La jurisprudence est d'ailleurs très favorable à cette idée de mandat. Elle l'admet toutes les fois qu'il y a communauté de vie, même hors mariage : aux concubins, aux frères et sœurs vivant ensemble. Il est donc dans la tradition de l'étendre à la femme séparée.

Les femmes mariées des classes pauvres travaillant ainsi que leurs maris, étaient plus éprouvées que les autres par le régime de l'incapacité. Mariées sans contrat, donc sous le régime de communauté, le mari devenait le maître de leurs salaires et pouvait les dépenser à son gré, et souvent même, sans profit ni pour la femme ni pour la famille. Aussi, ce sont tout d'abord des lois de prévoyance et d'épargne qui furent édictées pour assurer à la femme et aux enfants un fonds de réserve, à l'abri des dilapidations du mari (20).

(17) Ce mandat est enlevé à la femme séparée quand le mari lui sert une pension alimentaire, ou lorsque la séparation a eu lieu contre la volonté du mari. Civ. 1^{er} juin 1929 ; D. 1929-1-79.

(18) Nancy, 18 février 1896 ; D. 1897-2-436.

(19) Paris, 5 janvier 1904 ; D. 1906-2-249.

(20) Aftalion : Lois relatives à l'épargne de la femme mariée. Thèse Paris, 1898.

La loi du 9 avril 1881, sur les caisses d'épargne postales, permit à la femme d'effectuer des dépôts et des retraits sans autorisation maritale.

La loi du 20 juillet 1881 lui permit de même de faire des versements à la caisse des retraites pour la vieillesse.

La loi du 1^{er} avril 1898, de s'affilier à une société de secours mutuels.

La loi du 28 décembre 1922, de recevoir seule les arrérages des pensions servies par l'Etat, le département, la commune.

La loi du 12 juillet 1909, de constituer, avec les biens dont l'administration lui a été confiée, un bien de famille insaisissable. C'est le mari qui devra obtenir le consentement de sa femme quand il voudra aliéner ou renoncer à l'insaisissabilité d'un bien de famille par lui constitué.

La loi du 12 mars 1920, lui permit encore de s'affilier à un syndicat.

La plus importante de toutes ces lois au profit de la femme, est celle du 13 juillet 1907, sur le libre salaire de la femme mariée (21). Sa portée est plus grande que celle des autres lois, car elle atteint non

(21) Lalou : Droit de la femme mariée sur les produits de son travail, depuis la loi du 13 juillet 1907. Paris, 1910. — Notes D. 1910-2-313 ; D. 1912-2-65.

Morin : Droits de la femme mariée sur les produits de son travail. Thèse Caen, 1908.

Boucher : Etude critique de la loi du 13 juillet 1907. Thèse Paris, 1925.

Sourdois : Droits de la femme mariée sur les produits de son travail. Rev. trim. dr. civ., 1907.

Pichon : Commentaires de la loi du 13 juillet 1907. Rev. crit. lég. et jur., 1908.

seulement la capacité de la femme mariée, mais tous les régimes matrimoniaux. Nous ne l'étudierons dans ce chapitre que sous son premier aspect, mais nous la retrouverons lors de l'étude de ces régimes. Il faut d'ailleurs remarquer que la loi de 1907 tranche une question de pouvoirs plus qu'une question de capacité, et seules en profitent les femmes exerçant une profession distincte de celle de leur mari, la femme aidant son mari dans l'exercice de sa profession n'en bénéficie pas.

De plus, elles ne voient augmenter leurs pouvoirs que vis-à-vis de ce que la loi appelle les « biens réservés », c'est-à-dire les gains et salaires provenant de leur profession et les économies qu'elles ont pu en retirer.

Ces biens existent de plein droit au profit de la femme, quel que soit son contrat de mariage, et même si elle est mariée sous un régime matrimonial étranger.

Les biens réservés sont d'ordre public ; toute convention contraire entre les époux serait nulle. Ils ne peuvent consister qu'en biens provenant du travail de la femme.

La femme a pouvoir presque entier sur ces biens. Elle peut les administrer et en disposer à son gré, sans le concours de son mari.

Elle peut librement les placer en meubles ou immeubles, les aliéner à titre onéreux, emprunter sur eux et les hypothéquer (loi 8 juin 1923), en disposer par testament, les constituer en biens de famille insaisissables (loi du 12 juillet 1909), plaider à leur sujet ; la femme marchande publique ne peut ester sans autorisation maritale relativement aux affaires de son

négoce (art. 220 C. civ.), mais elle n'a pas besoin d'autorisation pour ester sur ses biens réservés (22).

Un seul acte lui est interdit : la donation entre vifs. Cependant, la loi du 19 mars 1919 lui permet les donations à des œuvres d'assistance, à condition qu'elle n'ait ni enfant ni descendant et qu'elle soit âgée d'au moins 45 ans (23).

La puissance maritale n'en subsiste pas moins, car cette capacité a été donnée à la femme dans l'intérêt du ménage et le seul chef juridique du ménage, c'est le mari (art. 1388). Aussi conserve-t-il le droit de retirer à sa femme son autorisation d'exercer une profession séparée. Il peut même lui faire retirer par la justice ses pouvoirs sur les biens réservés, s'il est prouvé qu'elle les gère mal.

Pour que les tiers qui contractent avec une femme mariée exerçant une profession séparée, ne soient pas ennuyés, il semble que la femme devrait prouver qu'elle a une profession séparée et que les biens qu'elle engage proviennent de ses salaires.

La loi est plus simple : la profession séparée seule, doit être démontrée pour que la responsabilité des tiers ne soit pas engagée. Cette disposition trop facile aboutira en pratique à laisser la femme disposer de tous ses biens, même non réservés, sous le prétexte qu'elle exerce une profession distincte de celle de son mari.

(22) Margat : La femme mariée commerçante et le régime du libre salaire. Paris, 1913.

Valéry : La femme mariée commerçante et la loi du 13 juillet 1907. Annales de droit commercial, 1907.

Bernard et Bonnecase : La femme mariée commerçante et la loi du 13 juillet 1907. Rev. trim. dr. civ., 1910.

(23) La femme mariée a sur ses biens réservés plus de droits que la femme séparée de biens (art. 1449).

La loi de 1907 régit un deuxième point plus intéressant pour la famille que pour la femme. Elle règle, « dans la mesure de leurs facultés, la participation des époux aux charges du ménage », en ce sens que chacun des époux peut faire saisir-arrêter entre les mains du patron les salaires de son conjoint, lorsque ce dernier les dissipe sans profit pour le ménage (24). En pratique, ce sont les femmes, plus que leurs maris, qui font appliquer la loi (femmes abandonnées par leur mari, séparées de fait).

§ III. — L'INCAPACITE DE LA FEMME MARIEE ET LES REGIMES MATRIMONIAUX

L'incapacité générale de la femme mariée, qui domine toute sa vie juridique, existe quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux. Mais ce régime peut la modifier. La situation normale est celle de la femme commune. A côté, il peut y avoir diminution de l'incapacité grâce à la séparation de biens qui la limite aux actes de disposition et confère à la femme une capacité d'administration, ou, au contraire, renforcement de l'incapacité par le régime dotal, car l'inaliénabilité dotale n'est pas une indisponibilité réelle, mais un supplément d'incapacité personnelle.

I. — COMMUNAUTÉ.

La communauté légale tire son importance de ce qu'elle est le régime de droit commun, c'est-à-dire le régime imposé par la loi aux époux se mariant sans

(24) P. Laguerre, op. cit.

faire de contrat. C'est le régime qui règle la majorité des associations conjugales, car la classe pauvre ou simplement laborieuse, plus grande en nombre que la classe aisée ou riche, se marie sans contrat, pour éviter les frais et surtout parce qu'elle ne possède rien d'autre que ses gains et salaires.

La plupart des femmes se trouve donc mariées sous ce régime. Or, tel qu'il résulte du Code, il donne l'administration de la communauté au mari. La femme, en principe, n'y participe pas. (25)

La communauté comprend deux sortes de biens :

Les biens communs, composés de tous les meubles présents et à venir, des immeubles acquis pendant le mariage à titre onéreux, et des revenus personnels des époux.

Les biens propres, formés par les propres du mari et les propres de la femme : ce sont les immeubles appartenant aux époux avant le mariage et ceux acquis au cours du mariage à titre gratuit.

Dans l'ancien droit, le mari était le seigneur et maître de la communauté, il pouvait « la boire et la manger ». Aujourd'hui, il n'en est plus que le chef, mais ses pouvoirs n'en sont pas moins trop étendus. D'après l'article 1421, il administre seul les biens communs, il peut les aliéner et les hypothéquer sans le concours de la femme ; mais il ne peut en disposer à titre gratuit que sous certaines réserves. A la dissolution de la communauté, il n'a pas à rendre compte.

Il n'en est pas de même quant à ses pouvoirs sur les propres de sa femme : en tant qu'administrateur

(25) A. Chéron : étude sur l'adage : « uxor non est proprie socia » thèse Paris 1901.

de la communauté, il est le chef investi de ses pouvoirs par la loi ; en tant qu'administrateur des propres de sa femme, il n'est que mandataire et doit rendre compte. Il ne peut donc faire que les actes d'administration et de la façon indiquée par la loi (art. 1428, 1429, 1430, 876). Il ne peut disposer seul de la fortune propre de sa femme (art. 1428, al. 2).

Il en résulte que le rôle de la femme dans la gestion des intérêts communs semble assez effacé (26). Sa qualité d'associée n'apparaît guère et si elle s'immisce dans l'administration de la communauté, ce ne peut être que dûment autorisée par son mari. C'est pourquoi ce régime, vu dans ses règles générales, a soulevé depuis le Code, les protestations des féministes.

Mais, en fait, le rôle de la femme est bien plus important qu'il n'apparaît en droit. Elle a toujours pris une part active dans la gestion de la communauté. Il est vrai que, jusqu'à la loi de 1907, les attaques des féministes étaient justes quant aux salaires gagnés par la femme et qui tombaient dans la communauté, c'est-à-dire dans les mains du mari. Des abus pouvaient se produire, le mari pouvait les dissiper considérablement, sans que la femme ait le droit de protester.

Ceci mis à part, la situation respective du mari et de la femme n'est pas ce que l'on croit et la conception traditionnelle des pouvoirs du mari et du rôle de la femme a cessé d'être vraie.

(26) Nourry : Du rôle possible de la femme mariée dans la gestion des biens communs. Thèse Paris, 1905.

Coquelle : Des droits de la femme sur les biens communs. Thèse Paris 1908.

En effet, le mari est le chef de la communauté et non plus le seigneur et maître. Ses pouvoirs sur les biens communs ne sont pas sans limites, et la jurisprudence interprète largement cette idée. Elle l'oblige, dans une certaine mesure, à rendre compte par la notion d'actes frauduleux : les actes de disposition du mari sur les biens communs peuvent être annulés pour fraude, quand ils ont eu pour objet de donner au mari ou à ses héritiers un avantage au détriment de la communauté ou de la femme, ou quand ils ont été faits par pure haine, dans le seul but de lui nuire (27). Cette notion a été étendue aux donations de meubles communs individualisés, lorsqu'elles sont excessives, l'excès même de la libéralité étant une fraude.

Sur les propres, il est responsable de tout dépérissement (art. 1428, al. 3). De plus, bien des actes du mari, pour être valables, demandent le concours de la femme, ce qui donne à cette dernière un rôle réel dans l'administration de la communauté : dans les aliénations par le mari d'immeubles communs, les tiers acquéreurs ne traitent jamais sans l'intervention de la femme dans l'acte, car l'immeuble est grevé par une hypothèque légale. Les donations entre vifs d'immeubles communs, interdites au mari seul (art. 1428, al. 1), sont valables lorsqu'elles sont faites conjointement par les deux époux. La femme peut s'obliger avec son mari, solidairement (art. 1431) ou conjointement (art. 1487). Son concours est nécessaire

(27) Jean Véron : Les actes accomplis par le mari sur les biens de la communauté en fraude des droits de la femme. Thèse Paris, 1924.

pour les contrats d'assurance sur la vie au profit du conjoint survivant.

Enfin, il y a des cas où la femme peut agir seule et où ses actes produisent les mêmes effets que s'ils avaient été accomplis par le mari.

Elle administre seule la communauté, au cas d'absence ou d'interdiction du mari. Elle oblige la communauté pour les actes faits en vertu du mandat domestique. Elle a, dans deux cas, un pouvoir propre sur les biens communs : elle peut disposer par testament de sa part dans la communauté ; elle peut engager les biens communs, autorisée par la justice, pour tirer son mari de prison, ou pour établir ses enfants, si le mari est absent (art. 1427).

Quand elle exerce une profession séparée, elle engage la communauté et le mari par ses actes professionnels.

Elle peut encore agir seule pour les actes prévus par les lois de prévoyance et d'épargne déjà citées.

Enfin, la femme a l'administration d'une partie de la communauté, depuis que la loi de 1907 lui a donné l'administration des biens réservés. Comme avant la loi, ils tombent dans la communauté, mais la masse commune est partagée en deux catégories de biens, ayant chacune son administrateur propre : le mari, pour les biens communs ordinaires, et la femme pour les biens réservés. Sous tous les autres régimes, se sont des propres, la femme étant réputée séparée à leur égard. A la dissolution de la communauté, ils reprennent leur nature de biens communs, pour être répartis entre les époux.

Cependant, au cas de renonciation de la femme à la communauté, l'article 5, alinéa 2, de la loi, lui donne le droit de les reprendre, ce qui est une exception considérable aux règles de la communauté ; car, logi-

quement, les biens réservés étant des biens communs, on aurait du décider que la femme perdait sur eux tous ses droits. Mais cela aurait abouti à faire absorber ces biens par les créanciers, alors qu'ils restent ainsi à la femme, francs et quittes de toutes dettes autres que celle dont ils étaient antérieurement le gage. Cette disposition est essentiellement favorable à la femme et lui crée une situation privilégiée. Suivant son intérêt, elle acceptera quand la communauté sera plus élevée que ses biens réservés, et elle renoncera quand ces derniers, au contraire, seront plus importants que l'actif commun. Ce droit de reprise passe à ses héritiers en ligne directe ; quand elle ne laisse que des collatéraux ou rentre dans le droit commun.

Ainsi donc, dans les ménages modestes, où tout l'avenir de la famille est constitué par les salaires des époux, la femme a, en fait, sur les biens communs, des droits à peu près égaux à ceux du mari. Et même, le mandat tacite obligeant la communauté et le mari sans obliger la femme, la ruine du ménage peut provenir aussi bien du fait de la femme que du mari.

Il faut aussi remarquer que la loi donne à la femme des moyens de défense pour contrebalancer les pouvoirs du mari : une hypothèque légale sur les immeubles du mari, le droit de demander la séparation de biens ou de renoncer à la communauté. Et, si elle l'accepte, elle jouit du bénéfice d'émolument, c'est-à-dire qu'elle n'est tenue des dettes communes que jusqu'à concurrence de l'actif reçu.

A l'heure actuelle, les réformes accomplies par le législateur, avec l'aide de la jurisprudence, ont bien associé la femme à l'administration de la communauté « en réalisant entre époux une séparation de fonc-

tions conforme à la nature des choses » (28). Mais, si ce régime doit rester le régime de droit commun, quelques modifications devraient encore y être apportées. Le mari doit en demeurer le chef. Toutes les législations favorables à la femme (29) lui ont conservé cette qualité. Mais on pourrait l'obliger à rendre compte de sa gestion, le déclarer responsable de ses fautes lourdes, l'obliger à payer récompense à la communauté pour ses dettes délictuelles. Après avoir réduit les pouvoirs du mari, on devrait étendre ceux de la femme, en lui reconnaissant un pouvoir propre quant à la gestion du ménage, ce qui l'obligerait personnellement (30), et, en la faisant concourir plus souvent aux actes du mari (31), pour les aliénations d'immeubles et constitution d'hypothèque (32), les aliénations de fonds de commerce. Inversement, le mari devrait apporter son concours quant à la gestion par la femme de ses biens réservés. Quand le mari est absent, interdit ou malade, la femme devrait pouvoir, de plein droit, administrer la communauté (33).

Ainsi, la femme aurait un rôle plus grand dans la gestion des intérêts communs. Elle serait réellement

(28) Planiol et Ripert, T. VIII : Les régimes matrimoniaux, par Nast, n° 516.

(29) Code civil allemand, art. 1443. — Code civil suisse, art. 216. — Code civil italien, art. 1438. — Code civil espagnol, art. 1413. — Loi danoise du 7 avril 1899, art. 10.

(30) Code civil allemand, art. 1356-57. — Code civil suisse, art. 161-163.

(31) Chéron, *op. cit.*, p. 304.

Gide, *op. cit.*, p. 482.

(32) Code civ. allemand, art. 1446. — Code civ. suisse, art. 217.

(33) Code civil allemand, art. 1450. — Code civil portugais, art. 1117. — Code civil espagnol, art. 1441. — Loi danoise, art. 14.

une associée, avec des fonctions propres, mais égales à celles de son mari.

Ce régime légal, imposé par la loi aux époux mariés sans contrat, peut être modifié par certaines clauses, quand il a été choisi par les époux dans leur contrat de mariage. C'est ainsi que le régime actuellement le plus en faveur est celui de *la communauté réduite aux acquêts*, qui, si elle ne donne pas de pouvoirs plus grands à la femme, diminue tout de même ses risques, la communauté comprenant uniquement les biens acquis au cours du mariage, par les travaux, l'activité, l'épargne des deux époux. Les meubles et immeubles antérieurs au mariage, et ceux acquis pendant, restent propres. Les pouvoirs du mari sont les mêmes que dans la communauté légale, mais s'étendent donc sur un nombre restreint de biens. La femme conserve ici aussi l'administration de ses biens réservés. Chacun des époux se trouve intéressé à la communauté, sans qu'il y ait avantage pour l'un au détriment de l'autre. Lors de la dissolution, chacun des époux reprend ses propres. La difficulté était d'en faire la preuve, tous les biens meubles et immeubles des conjoints étant réputés « acquêts ».

La preuve des immeubles se fait facilement, car il existe toujours un titre de propriété. Celle des meubles est plus difficile et présente un gros intérêt pour la femme : les créanciers de la communauté et du mari ne peuvent poursuivre sur ses biens personnels quand elle n'est pas engagée envers eux. Or, dans ce régime, la communauté est réduite, alors que les propres peuvent être considérables, et sont à l'heure actuelle, composés en grande partie de meubles.

La loi du 29 avril 1924 a grandement facilité la preuve des reprises de la femme (34). Elle peut désormais l'établir, vis-à-vis des tiers, par tous les moyens du droit commun, par un écrit, par témoins au-dessous de 500 francs, et, quand la loi autorise la preuve testimoniale, par un commencement de preuve par écrit. Cette loi est tout à fait favorable à la femme, car, dans le système précédent, celui de l'article 1499, que la Cour de Cassation appliquait rigoureusement, un inventaire, un acte authentique, était nécessaire. De telle sorte que tout était perdu pour la femme, notamment le mobilier à elle échu durant la communauté, quand le mari avait négligé de faire dresser un inventaire, les titres sous seing privé que la femme pouvait produire, n'étant pas retenus. De même, si le notaire avait, lors du contrat, estimé en bloc, les apports mobiliers de la femme, elle ne pouvait, à la dissolution, se présenter comme créancière de leur valeur parce que l'estimation du contrat de mariage n'équivalait pas à l'inventaire exigé par l'art. 1499.

La doctrine et quelques Cours d'appel avaient proposé un tempérament à la rigueur du code, mais la Cour de Cassation s'était toujours refusée à l'admettre. La réforme s'imposait et fut ainsi réalisée par la loi du 24 avril 1924.

On peut encore adjoindre au contrat de communauté une clause relative : à l'administration des pro-

(34) Fargeaud : De la preuve des reprises mobilières sous le régime de la communauté. Thèse Paris, 1925.

Capitant : De la preuve des reprises sous le régime de la communauté, depuis la loi du 29 avril 1924. Rev. trim. de droit civil, 1925, p. 495 et suiv.

pres de la femme : les pouvoirs du mari sur ces biens n'étant pas d'ordre public, leur administration peut lui être enlevée, pour être confiée à la femme, à charge pour elle d'en verser les revenus au mari. Au remploi conventionnel, qui sera alors obligatoire pour le mari.

A l'inverse, toute une série de clauses réduisent les droits de la femme : communauté universelle, clause d'ameublissement...

Dans le régime sans communauté, la femme n'a que la propriété de tous ses biens. Administration et jouissance sont réservées au mari. Ce régime est peu employé en France. Bien plus importants sont : la séparation de biens conventionnelle et le régime dotal.

II. — SÉPARATION DE BIENS CONVENTIONNELLE (35).

C'est le régime le plus favorable à la femme, car elle est partiellement relevée de son incapacité. Chaque époux conserve la propriété, l'administration et la jouissance de sa fortune, à charge de contribuer aux besoins du ménage dans la mesure fixée par le contrat.

« La femme a la libre administration de ses biens ; elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner. Elle ne peut aliéner ses immeubles sans autorisation du mari ou de justice » (art. 1449). Mais la distinction entre meubles et immeubles est moins tranchée, en réalité, qu'elle ne le paraît à la lecture. En effet, la femme séparée ne peut pas disposer de ses meubles plus li-

(35) Maurice Benoit : L'action commune des époux sous le régime de la séparation de biens. Thèse Paris, 1909.

Moissinac : Le contrat de mariage de séparation de biens. Thèse Paris, 1920 ; 2^e édition, 1924.

brement que de ses immeubles. On n'applique pas à la lettre l'article 1449 en distinguant, d'une part, les meubles, d'autre part, les immeubles. Une jurisprudence constante interprète cet article restrictivement, l'alinéa 1 dominant les deux autres, de sorte que la femme ne peut aliéner ses meubles à titre onéreux que dans la limite de son administration.

Les aliénations à titre gratuit entre vifs ne sont pas, non plus, valables sans autorisation du mari ou de la justice. La femme n'est donc dégagée de l'autorisation que lorsqu'elle engage son mobilier pour les besoins de son administration. Les biens réservés de la femme séparée ne sont pas soumis à l'art. 1449. Elle reste libre d'en disposer dans la limite de la loi de 1919.

En pratique, la femme séparée donne fréquemment l'administration de ses biens au mari, par un mandat exprès ou tacite.

Ce régime, si simple dans son fonctionnement, présente cependant pour la femme, l'inconvénient de ne par la faire bénéficier des économies réalisées au cours du mariage et auxquelles elle a participé par sa bonne gestion de la vie matérielle de la famille.

III. — RÉGIME DOTAL.

Sous ce régime, l'incapacité de la femme est renforcée, car toute une partie de son patrimoine est, non seulement soustraite à ses pouvoirs, mais encore demeure indisponible entre les mains du mari.

En effet, les biens de la femme dotale se divisent en deux : les paraphernaux, dont elle garde la propriété, l'administration et la jouissance, dans la même mesure que la femme séparée de biens, et qui sont les biens libres, qu'elle peut mettre dans les affaires

ou au service de son mari ; et les biens dotaux, dont elle conserve la propriété, mais dont l'administration et la jouissance vont à ce dernier. Cette propriété passe tout de même au mari dans trois cas et la femme n'a plus contre lui qu'une créance dotale : pour les choses consommables comprises dans la dot, les objets mobiliers estimés dans le contrat de mariage, sauf clause contraire, et pour les immeubles estimés dans le contrat, à condition qu'une clause formelle décide que l'estimation vaut vente.

Le grand principe qui domine tout ce régime est celui de l'inaliénabilité dotale. Instituée à Rome dans l'intérêt de la femme, pour lui assurer la restitution de sa dot, elle a été maintenue en droit français, mais une nouvelle idée s'ajoute à la première : elle assure la protection des intérêts, non plus seulement de la femme, mais aussi de la famille, car les biens dotaux constituent un véritable patrimoine familial, affecté aux besoins collectifs du ménage.

Le régime dotal présente pour la femme le maximum de protection, la dot étant ainsi mise à l'abri de l'insolvabilité du mari, et aussi le maximum d'incapacité.

C'est d'ailleurs dans cette incapacité que l'inaliénabilité dotale trouve son fondement. D'après la doctrine elle ne serait qu'un renforcement de l'incapacité de la femme mariée qui l'empêcherait de s'obliger sur sa dot (36). On avait d'abord cherché la nature de l'inaliénabilité dans une indisponibilité réelle du bien dotal, qui serait hors du commerce. Mais cette opinion n'a pas prévalu et la majorité des auteurs, ainsi que la jurisprudence, se rallient à la première concep-

(36) Cette conception a été mise en honneur par P. Gide, *op. cit.*, livre 4, chap. III, § 4.

tion, car elle correspond mieux à la tradition et à l'esprit du régime dotal, qui doit, avant tout, garantir les intérêts de la femme. L'indisponibilité réelle du bien dotal ne serait qu'une protection illusoire. En effet, l'action des créanciers de la femme ne serait que suspendue. A la dissolution du mariage, les biens dotaux devenant libres, ils pourraient la poursuivre, que leur créance soit antérieure ou concomitante au mariage. Au contraire, si l'inaliénabilité est un renforcement de l'incapacité, spécial à la femme dotale, le régime dotal n'arrêtera pas l'action des créanciers antérieurs au mariage, mais les obligations contractées par la femme au cours du mariage, continueront après sa dissolution, à être impossibles à poursuivre.

Donc, en vertu de cette règle, les immeubles dotaux ne peuvent être aliénés ou hypothéqués ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement (art. 1554). Et la femme ne peut renoncer à son hypothèque légale.

Quant aux meubles dotaux, devant le silence du Code, la jurisprudence, toujours guidée par cette idée traditionnelle de protection de la femme, a fait une innovation extrêmement hardie, car elle ne s'appuie sur aucun texte. Pour la garantir contre sa propre faiblesse, elle déclare que la femme dotale ne peut, par aucun acte, disposer de ses créances et de ses meubles dotaux. Mais, par réaction et pour éviter une indisponibilité totale des biens entre les mains des époux, elle décide qu'ils pourront être aliénés par le mari. L'opinion de la doctrine est différente. Pour elle, les meubles sont aliénables par la femme, autorisée de son mari, mais demeurent inaliénables par le mari ; car, si la jurisprudence protège la femme contre sa propre faiblesse, elle ne la protège pas contre le mari,

qui, vu l'importance actuelle des valeurs mobilières, peut dilapider la dot, sans que la femme ait aucun recours contre lui.

Une autre innovation de la jurisprudence pour la protéger et assurer la conservation du fonds dotal, consiste dans certains cas à représenter la dot par les paraphernaux. La « théorie de la dotalité incluse » (37) s'applique chaque fois qu'un paraphernal vient prendre dans le patrimoine de la femme la place d'une créance dotale. La valeur de cette créance demeure inaliénable et doit échapper aux créanciers de la femme. Elle est « incluse », contenue dans l'immeuble. Ce dernier est paraphernal, mais il est dotal dans la mesure où il contient la créance dotale. Le jour où il sera aliéné, la dot ressortira avec son inaliénabilité et son insaisissabilité et les créanciers ne pourront se payer sur la valeur de l'immeuble qu'à la condition de laisser la femme prélever sur le prix de vente une somme égale au montant de sa créance.

Cette théorie n'est qu'une conséquence de l'inaliénabilité de la dot mobilière, car elle résulte de la combinaison de ce principe avec la disposition de l'article 1553, d'après lequel l'immeuble acquis avec des deniers dotaux, n'est pas dotal si le remploi n'a pas été prévu.

Les intérêts de la femme seraient donc bien protégés, puisque sa dot est à l'abri de toute poursuite, si

(37) Teissier : *Traité de la dot*, 1835, t. I, p. 237 à 239.

Regnault : *Etude critique de la jurisprudence relative à la représentation de la dot par les paraphernaux*. Thèse Paris, 1894.

Saffroy : *Influence jurisprudentielle et notariale sur le régime dotal*. Thèse Montpellier, 1923.

Baillon : *L'œuvre de la jurisprudence en matière de régime dotal*. Thèse Bordeaux, 1926.

elle ne courrait le risque d'être compromise par les pouvoirs du mari sur les meubles dotaux.

L'inaliénabilité présente le gros inconvénient de priver les époux de crédit, par une protection excessive. Aussi la pratique notariale s'est efforcée d'y remédier, en insérant une clause de remploi (38) dans les contrats de mariage adoptant le régime dotal. Les époux pourront aliéner le fonds dotal, à condition que le prix serve à acquérir d'autres biens, qui, à leur tour, seront dotaux. La femme peut ainsi déroger, sans qu'il y ait, en principe, danger pour elle, à l'inaliénabilité de l'immeuble dotal, puisqu'un nouveau bien d'égale valeur viendra le remplacer. Quand la femme porte une dot en argent, la clause d'emploi en immeuble présente pour elle l'avantage de lui assurer la conservation de sa dot, alors que, sans son existence, l'hypothèque légale de la femme ne peut s'exercer et la dot est absolument compromise. Ces clauses sont devenues de style, dans les contrats adoptant ce régime. Elles restreignent les pouvoirs du mari sur la dot mobilière. Le remploi conventionnel est obligatoire pour lui. La femme peut, au cas de non exécution, obliger le mari ou le tiers acquéreur à l'effectuer. C'est pourquoi on hésite toujours à acquérir un immeuble dotal.

Aussi, insère-t-on dans les contrats de mariage des clauses limitant cette responsabilité, par lesquelles le tiers ne sera tenu que de la réalité du

(36) Charles Robert : De l'emploi et du remploi sous le régime dotal. Thèse Paris, 1896.

Capitant : Des clauses d'emploi et de remploi insérées dans le contrat de mariage. Thèse Paris, 1889.

Terrat : Des clause de remploi. Histoire et droit actuel. Thèse Paris, 1905.

remploi, ou sera libéré par une quittance de la femme autorisée de son mari, ou bien encore stipule-t-on que le versement du prix se fera entre les mains d'une autre personne chargée d'assurer elle-même le emploi.

La responsabilité du notaire s'en occupant est aussi engagée, en ce sens qu'il doit s'assurer que l'opération ne cache pas un emploi fictif. Il commettrait une faute professionnelle. C'est pourquoi on adjoint souvent au contrat une nouvelle clause donnant à la femme, seule, l'appréciation de la suffisance et de la valeur du emploi.

Cette évolution des clauses de emploi a largement tempéré l'incapacité spéciale de la femme dotale, mais au détriment de sa protection. Et, avec les pouvoirs reconnus par la jurisprudence au mari sur la dot mobilière, le régime dotal a bien perdu de sa rigueur primitive.

Il demeure quand même le régime où les intérêts de la femme sont le mieux garantis, par suite de son incapacité personnelle, qui constitue d'ailleurs le maximum, depuis la prohibition, par la Cour de Cassation, de la clause d'incapacité contractuelle.

§ IV. — LA PROTECTION DES INTERETS DE LA FEMME ET LA PRATIQUE DES SUBROGATIONS A L'HYPOTHEQUE LEGALE

Ainsi, quel que soit le régime et bien que ce soit à des degrés différents, la femme mariée demeure incapable et dépendante de son mari. Pour contrebalancer les pouvoirs de ce dernier, la loi donne à la femme la garantie de l'hypothèque légale.

Toutes les femmes françaises (39) en bénéficient, quel que soit le régime sous lequel elles sont mariées. Elle garantit toutes les créances que la femme mariée peut avoir en cette qualité contre son mari, et comme elle est générale, elle frappe tous les immeubles présents et à venir de ce dernier. Donc, si le mari ne possède pas d'immeubles, la femme n'est pas protégée. Le rang de cette hypothèque remonte pour tous les cas prévus par l'article 2135 au jour où la créance a pris naissance et pour tous les autres au jour de la célébration du mariage à l'état civil. Elle n'a pas besoin de publicité, existe indépendamment de toute inscription. Cette dispense d'inscription tient à la qualité de femme mariée, par conséquent cesse lorsque le mariage est dissout : la femme veuve doit la faire inscrire, les héritiers de la femme décédée aussi. L'inscription est encore nécessaire pour la femme au cas : de vente volontaire par le mari d'un bien lui appartenant si le tiers acquéreur procède à la purge ; de saisie pour expropriation forcée ; d'expropriation pour cause d'utilité publique ; de cession de son hypothèque par la femme à un tiers.

L'hypothèque légale de la femme mariée est une garantie pour elle, mais une gêne pour le crédit du ménage. Aussi, dans la pratique elle fait l'objet d'un grand nombre de conventions qui n'avaient pas été prévues par le Code. Pour faciliter les affaires du

(39) Cette sûreté appartient à l'étrangère devenue française par son mariage avec un Français sur les biens du mari situés en France. Douai, 25 août 1851 D. P. 1854-2-42. La femme française devenue belge par son mariage peut s'en prévaloir. Trib. Seine, 25 mars 1926, D. H. 1926-363.

La loi du 10 août 1927 va amener des conflits.

mari, la femme peut abdiquer au profit de tiers la garantie que la loi lui accorde (40).

Mais l'acte est dangereux pour la femme et la validité de ces conventions a longtemps été combattue. Aussi les cessions ne peuvent être faites que par acte authentique et sont soumises à publicité depuis la loi de 1855 (41).

La femme peut agir dans son propre intérêt, pour son crédit personnel en cédant l'hypothèque à un de ses créanciers. Il sera payé le premier sur les biens du mari le jour du règlement de compte.

L'opération peut aussi avoir lieu au profit d'un créancier du mari. La femme ne cède alors que son rang privilégié et prend celui du créancier. On dit qu'il y a cession d'antériorité ou de priorité.

Elle peut enfin renoncer complètement à son hypothèque au profit d'un acquéreur d'immeuble du mari ou de la communauté (42). L'acquéreur serait obligé pour débarrasser l'immeuble de l'hypothèque qui le grève de procéder à la purge, ce qui entraîne toujours de gros frais. La femme en renonçant faci-

(40) L. et A. Mérygnac. Traité théorique et pratique des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée, 3^e édition 1905.

(41) Bertauld : Traité théorique et pratique de la subrogation à l'hypot. légale des femmes mariées. 1864, 2^e édition.

(42) Cezar. Bru : Etude sur la renonciation par la femme mariée à son hyp. légale au profit d'un tiers acquéreur d'immeuble du mari (1891).

Wable : Traité des renonciations par la femme à son hyp. légale au profit d'un tiers acquéreur. Loi du 13 février 1889-1892.

Commentaires de la loi de 1889 sur les renonciations par la femme à son hypothèque. Defrenois, 1890 ; Didier, 1890 ; de Lagrevol 1891 ; Jouitou, 1892 ; Tissier, 1889, revue critique.

lite l'aliénation. Elle perd son droit de suite, mais conserve son droit de préférence sur le prix.

L'hypothèque légale n'est, pour la femme, qu'une garantie aléatoire. Si le mari n'a pas d'immeubles, les fortunes actuelles sont surtout composées de meubles, elle ne peut faire valoir ses droits. De plus, toutes ces conventions, dont le but est de supprimer les inconvénients de l'hypothèque, la renonciation en particulier, finissent par aller contre le but même de la loi : la protection de la femme. En effet, la renonciation par la femme à son hypothèque légale rend le bien libre et susceptible de toutes les opérations désirées par le mari. La situation est changée : le crédit du ménage rétabli ; le mari en profite, le tiers aussi ; la femme est associée aux actes de disposition de son mari sur l'immeuble. Mais, pour cette dernière, les avantages de la subrogation s'arrêtent là. Si elle renonce, c'est à ses propres dépens, car elle se dépouille ainsi volontairement de la protection accordée par la loi. Elle conserve bien son droit de préférence sur le prix de l'immeuble mais comme elle a perdu son rang elle se trouve si éloignée dans le nombre des créanciers qu'elle risque fort de ne pas être payée. Il était donc inutile que la loi la protégeât autant, lui facilitant les avantages en la dispensant d'inscription, et l'empêchât de renoncer à l'avance à son hypothèque dans le contrat de mariage, pour lui permettre après d'y renoncer à chaque opération spéciale et de se dépouiller complètement de sa seule garantie contre les pouvoirs de son mari.

Il y a donc renversement du rôle de l'hypothèque, qui, de mesure de protection de la femme est devenue un moyen pour restaurer le crédit du mari, mais aussi pour ruiner la femme chaque fois que le mari se ruine lui-même.

§ V. — LA QUESTION DE LA SUPPRESSION DE
L'INCAPACITE DE LA FEMME MARIEE ET
DE LA REFORME AU REGIME LEGAL

Le rôle de la femme dans la gestion des intérêts pécuniaires de la famille est donc toujours restreint par l'existence de son incapacité. Le rôle du mari, à l'inverse, est prépondérant car les pouvoirs du mari sur les biens meubles sont très importants. Or, la vieille formule « *res mobilis, res vilis* », a cessé d'être vraie. Les meubles, méprisés par le Code, forment, à l'heure actuelle, la majorité de toute fortune, et les pouvoirs du mari s'en sont trouvés accrus. De plus, c'est dans le régime le plus courant, la communauté légale, que l'importance des meubles est la plus grande. Aussi, les demandes de réformes se sont-elles portées sur ces deux points : abolition de l'incapacité de la femme mariée et réforme du régime légal. C'est l'objet du projet de loi déposé par M. René Renoult, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, le 23 juin 1932 (43).

L'incapacité de la femme mariée n'existe plus aujourd'hui qu'en France, en Belgique, au Portugal et en Roumanie. En Angleterre, la réforme a été accomplie par le bill du 18 août 1882 (44), qui la déclare libre de toute autorisation pour les actes de la vie juridique. Elle peut, seule, acquérir, aliéner, ester en justice. Aux Etats-Unis, tous les Etats lui accordent une capacité pleine et entière. Quelques-uns l'empêchent seulement de s'obliger pour son mari (45). En Allemagne,

(43) Journal Officiel, 27 juin 1932.

(44) The married women's property, oact.

la femme est capable (46). La décision du mari l'emporte au cas de conflits entre époux pour les affaires relatives à la vie commune. Pour ses affaires personnelles, la femme agit à sa guise. En Suisse, le Code de 1907 la déclare pleinement capable. En Italie, l'incapacité a été supprimée par la loi du 17 juillet 1919 et en Espagne par la République de 1931.

La réforme serait aussi accomplie en France sans le mauvais vouloir du Sénat. Il ne reste plus aucun défenseur de l'incapacité parmi les juristes, car elle est incompatible avec les exigences de la vie actuelle et plus simplement avec les mœurs. Dans bien des ménages, la femme comme le mari est obligée de travailler. L'incapacité est une entrave à son activité et une gêne pour le mari, qui, par son autorisation, engage ses propres biens et qui voit ses immeubles grevés par l'hypothèque légale. Elle ne peut sans autorisation se faire livrer un passeport, ouvrir un compte en banque, louer un coffre, placer ses économies, vendre une valeur lui appartenant. Ni la folie, ni l'absence, ni la prodigalité constatée du mari, n'y mettent fin. Cette incapacité ne la préserve d'ailleurs pas, puisque, comme nous l'avons vu, le mari a des droits très étendus sur les meubles et qu'elle peut renoncer à son hypothèque légale à son profit.

Aussi le projet (47) modifie comme suit l'article 215 : « la femme aura, sous tous les régimes matrimoniaux et à peine de nullité de toute clause contraire, le plein exercice de sa capacité civile sans avoir be-

(45) Pensylvanie, loi 8 juin 1893.

(46) Art. 1354. Code Civil.

(47) Henri Capitant : L'abolition de l'incapacité de la femme mariée. D. H. 1932. Chronique N° 28, p. 97.

soin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice. » Elle pourra donc librement plaider, s'obliger, aliéner, entreprendre une profession ou un commerce.

Mais comme il est nécessaire pour la bonne harmonie du ménage qu'une certaine prédominance soit donnée au mari pour l'administration des affaires communes, le projet décide que le mari pourra demander au tribunal de restreindre la capacité de sa femme au cas où elle en userait contrairement à l'intérêt de la famille. Le mari gardera l'exercice de la puissance paternelle, le choix du domicile sauf pour la femme exerçant une profession séparée qui pourra avoir un domicile distinct.

La communauté est le régime le plus conforme au but du mariage car de même que leur existence, les biens des époux sont confondus. Mais c'est un régime compliqué, où les droits de la femme sont sacrifiés, la loi de 1907 ne s'appliquant qu'aux femmes qui travaillent. A le conserver, il faudrait le modifier, comme nous l'avons indiqué lors de son étude, dans le sens d'une égalité plus complète entre les époux. Tout une partie du Code serait alors à remanier et les difficultés et complications qu'amène la dissolution de la communauté n'en subsisteraient pas moins. Aussi, a-t-on pensé à la supprimer complètement pour la remplacer, comme le demande le projet Renoult, par le régime de la « participation aux acquêts », qui n'est que la séparation de biens avec adjonction d'une société d'acquêts (48).

(48) A. Charron : Le régime légal des biens entre époux dans le projet de loi déposé par le Gouvernement. *Revue du*

En effet, la séparation de biens est le régime le plus simple et dans lequel la femme a le maximum d'indépendance, mais il présente l'inconvénient de ne pas la faire participer aux économies réalisées en commun.

Le rôle naturel du mari est d'acquérir les biens nécessaires à la subsistance de la famille et celui de la femme d'en disposer suivant les besoins du ménage. Il arrive donc que si elle est parfois par son gaspillage une cause de ruine, elle est souvent aussi par son activité domestique et son épargne la cause de la prospérité du ménage. Il est donc juste qu'elle bénéficie de sa coopération au bien-être de la famille. La société d'acquêts réaliserait ce but.

Chaque époux conserverait la propriété, l'administration de ses biens et de ceux qu'il acquiert par son industrie. Pas de biens communs pendant le mariage, le droit aux acquêts ne jouerait qu'à sa dissolution.

Il pourrait aliéner à titre onéreux, hypothéquer ses biens, en disposer par testament. Pour protéger le droit éventuel du conjoint aux acquêts, son consentement serait nécessaire pour les donations entre vifs, sauf aux enfants communs.

Chaque époux pourrait demander la séparation de biens judiciaire lorsque le mauvais état des affaires de son conjoint lui ferait craindre que sa part d'acquêts soit compromise.

Le jour de la dissolution de ce régime, par la mort de l'un des époux, le divorce, la séparation de corps ou de biens, l'absence, s'ouvrirait le droit du partage

notariat et de l'enregistrement. 30 novembre 1932, N° 24601 ; 15 décembre 1930, N° 24620.

Maurin : De la séparation de biens avec société d'acquêts. Thèse Dijon 1926.

des acquêts. Ils comprendraient tous les biens provenant de l'industrie, de l'épargne des époux sur les fruits et revenus de leurs biens. Tous les biens seraient présumés acquêts, chaque époux pouvant faire la preuve contraire. De la masse obtenue on déduirait les dettes relatives à ces acquêts, les charges du ménage : frais d'aliments, éducation, entretien des enfants. On réglerait les récompenses entre les deux patrimoines et on partagerait par moitié entre les époux ou leurs héritiers. Le partage par moitié pourrait être modifié par les époux dans le contrat de mariage comme on le fait pour la communauté. (Article 1515 et suivants).

Ce régime sera-t-il adopté ? La séparation de biens n'est pas populaire en France et la réforme demanderait la refonte d'un bien grand nombre d'articles du Code. Elle serait pourtant nécessaire car le régime actuellement en vigueur, présente trop d'inconvénients surtout pour la femme.

A l'étranger, la communauté n'a été choisie par aucun pays comme régime légal. Si l'Espagne, le Brésil et le Chili l'ont adoptée, c'est réduite aux acquêts. L'Angleterre et la Russie ont la séparation de biens comme régime de droit commun, alors que celui de l'Allemagne et de la Suisse se rapprocherait plutôt de notre régime sans communauté.

TROISIEME PARTIE

LA MERE

Après avoir vu quelle était la situation juridique de la femme en face de son mari, il ne nous reste plus, dans cette dernière partie, qu'à examiner comment la loi l'a traitée quant à son rôle principal, sa fonction essentielle dans la famille : en tant que mère (1).

Il ne s'agit plus d'une association de deux personnes, mais d'une famille complètement constituée, puisque des enfants sont nés du mariage. Le mari et la femme vont avoir des rapports nouveaux entre eux et vis-à-vis de leurs enfants, puisque leur fonction s'est élargie de tous les droits et obligations que leur confère leur nouvel état de père et de mère : « La puissance paternelle est le domaine où la Société abdique ses droits entre les mains du père et de la mère considérés comme juges infailibles de l'intérêt de l'enfant en particulier et de la famille en général. C'est, en effet, l'intérêt familial que représentent les parents : en leur personne, la loi sauvegarde l'autono-

(1) Lesenne : Code de la mère de famille, 1855. — Jessionnesse : Des obligations et des droits de la mère, thèse Paris 1870. — Haas : Les droits de la mère, thèse Paris 1902. — Bonjean : La maternité et ses effets juridiques, thèse Paris 1911. — Lefeuvre : Les droits de la mère sur les enfants dans le droit français contemporain, thèse Paris 1913. — Simon : Situation de la mère dans la famille, thèse Paris 1919. — Roure : Droits de la mère sur la personne et sur les biens de son enfant, thèse Alger 1925. — Meynial : Bulletin Sociétés Etudes législatives, 1908, p. 202 : droits de la femme dans la famille.

mie qui doit appartenir dans la Société à la famille dont ils sont les chefs. » (2)

La puissance paternelle, délégation de pouvoirs de la Société entre les mains des parents appartient donc au père et à la mère. Comment se la partagent-ils ? Quelle est la part faite à la mère ?

Bien que ce soit cette dernière qui s'occupe le plus spécialement des enfants, nous nous trouvons toujours en présence de la même situation : effacement de la femme devant le mari, de la mère devant le père. C'est le principe fondamental dans tout le domaine de la famille (3), ayant, pour chaque cas particulier, la même base : le mari, le père est seul le chef, parce qu'il faut une direction unique dans tout groupement de personnes, pour qu'il y ait une harmonie dans les décisions, que les divergences d'opinion inévitables entre plusieurs personnes ayant des droits égaux n'entraînent pas des conséquences contradictoires et opposées, ce qui amènerait la désorganisation de la famille.

Et, enfin, la prépondérance de l'un des époux est nécessaire pour éviter de faire intervenir trop souvent la justice dans des conflits familiaux qui sont, par leur nature même, très spéciaux, des états de fait et non des points de droit, qu'elle ne pourrait trancher, ignorant les circonstances, « l'atmosphère », avec l'à-propos voulu.

Donc, comme l'énonce l'article 370 : le père seul a

(2) Planiol et Ripert, T. I, les personnes par R. Savatier, N° 299.

(3) Portalis : Exposé des motifs : « Nous avons compris que dans une société de deux, tout résultat deviendrait impossible si l'on n'accordait la prépondérance au suffrage de l'un des associés. La prééminence du sexe a partout garanti ces avances au père. »

l'exercice de la puissance paternelle tant que dure le mariage. Le droit de la mère « sommeille pour ainsi dire » (4). La puissance paternelle ne lui sera conférée qu'à la mort du mari et dans quelques autres cas particuliers. Mais nous la verrons intervenir au cours même du mariage, chaque fois que le père outrepassera ses droits ou n'accomplira pas ses diverses obligations. Comme le dit M. Capitant : « la puissance paternelle comme tout pouvoir confié à des mains humaines peut être exercée abusivement » (5). L'abus dans le domaine des personnes est plus fréquent que dans le domaine des biens car la loi ne peut donner de réglementations et de limites précises à l'exercice d'un droit, et surtout d'un droit de famille qui est de nature morale et psychologique plus que matérielle et juridique. Aussi de même que la femme mariée pouvait demander à la justice de faire cesser l'exercice abusif de la puissance maritale, la mère pourra intervenir de la même façon pour faire cesser l'abus de la puissance paternelle, l'enfant étant incapable de le faire lui-même.

Dans la parenté naturelle, les droits de la mère sont différents, car il n'y a pas mariage, donc pas de famille au sens juridique du mot.

(4) Planiol et Ripert, Tome I, N° 309.

(5) Colin et Capitant, Tome I, page 464.

CHAPITRE PREMIER

LA MERE LEGITIME

§ I. — ROLE EFFACE DE LA MERE TANT QUE LA PUISSANCE PATERNELLE EST EXERCEE PAR LE PERE

La mère a, pendant le mariage, comme l'énonce l'article 203, les mêmes obligations que le père : « nourrir, entretenir, élever ses enfants. » Elle jouit aussi des mêmes prérogatives puisque « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère » (article 371). Elle a, en principe, les mêmes droits, mais ils demeurent théoriques et se réduisent, en fait, à peu de chose, puisque seul, le père en a l'exercice sur la personne et sur les biens.

Sur la personne, il a d'abord le droit de garde, c'est-à-dire au sens étroit du mot, le droit de fixer le lieu de la résidence de l'enfant, et, au sens large, d'exercer sur lui tous les droits relatifs à la personne.

La mère, juridiquement, ne peut rien. De même qu'elle est obligée d'habiter le domicile conjugal choisi par son mari, elle doit accepter pour son enfant le domicile paternel. En pratique, domicile conjugal et paternel sont confondus et la mère a son enfant auprès d'elle. Mais il peut arriver que le père le mette ailleurs par malveillance envers l'enfant en le plaçant dans un lieu insalubre, ou envers la mère en les empêchant de se voir pour forcer celle-ci à divorcer. (1) La mère pourra en appeler à la justice pour faire cesser l'abus vis-à-vis d'elle et vis-à-vis de l'enfant.

Le droit de garde est contrebalancé par les droits d'entretien et d'éducation.

Entretenir l'enfant, c'est assurer sa vie matérielle : « Qui fait l'enfant doit le nourrir », comme disait Loysel. Aussi, en pratique, c'est le père qui subvient à tous les frais. Mais, sous quelque régime que ce soit, si le mari n'a pas les ressources suffisantes, la mère est tenue personnellement ; l'obligation de l'article 203, si elle n'est pas solidaire entre les deux époux, pèse cependant sur le tout pour chacun d'eux (2). Si l'enfant a des biens personnels ils serviront à payer les frais d'entretien et d'éducation. Le père qui ne s'acquitterait pas de cette obligation serait passible, suivant certaines circonstances, du délit d'abandon de famille (loi 7 février 1924). Nous en avons déjà parlé à propos du devoir d'entretien du mari envers sa femme (3).

Les conditions sont les mêmes. Sera coupable du

(1) Trib. Seine, 25 décembre 1910, D. 1911-5-19.

Paris, 8 février 1912. D. 1912-2-273. Note Planiol.

(2) Civ, 21 mai 1890, D. 1890-1-337. Civ. 6 août 1894-1895-1-199.

(3) Cf. les ouvrages déjà cités sur l'abandon de famille.

délit d'abandon de famille : le père qui sera resté plus de trois mois sans acquitter la pension alimentaire à laquelle il a été condamné, à la suite d'abandon volontaire de sa famille. Les victimes bénéficiaires de la pension sont ici les enfants, mais les enfants mineurs seulement. La loi a malheureusement omis les majeurs infirmes, malades, incapables de gagner leur vie. Une autre critique à lui faire est la nécessité d'une condamnation judiciaire.

La mère, comme le père, peut être coupable et condamnée pour ce même délit, soit à un emprisonnement ou à une amende, soit à la déchéance de la puissance paternelle.

Pour le devoir d'éducation, la loi ne peut se montrer trop précise. C'est une affaire de nuances, de milieu, d'opinion personnelle aux parents (4). La loi n'a pu intervenir que sur des points particuliers. Quoiqu'il en soit, le père dirige seul l'éducation de ses enfants. La mère ne peut juridiquement présenter aucune observation.

Il a le choix de la religion. La stipulation par laquelle le père, au moment du mariage laisserait ce choix à la mère, serait radicalement nulle, car ce serait une renonciation partielle à la puissance paternelle, ce que l'article 1388 interdit. Seule, l'opinion de M. Planiol varie sur ce point (5) : pour lui, renoncer à son droit est une façon de l'exercer. Il trouve même « la stabilité de ces conventions désirables », car « c'est la seule manière de maintenir la concorde dans les mariages mixtes ». Son avis demeure isolé.

(4) Pierre Paradel : Du rôle de la famille dans l'éducation, 1857.

(5) Planiol et Ripert, T. I, N° 1646.

Le père décide encore et surveille seul le genre d'instruction de son enfant (6).

S'il ne le faisait pas, la mère pourrait s'appuyer sur la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement obligatoire pour le faire condamner aux peines prévues par la loi ou demander sa déchéance.

Le père décide aussi de la carrière, surveille les relations, la correspondance de ses enfants sans avoir à prendre l'avis de sa femme.

Enfin, le droit de correction appartient au père seul, tant que dure le mariage. On n'entend pas uniquement par là le droit de châtier corporellement les enfants. Envisagé sous cet aspect, il faut remarquer un adoucissement continu des châtiements. Tout est ici affaire de mesure, de milieu et de mœurs, la loi n'intervenant qu'au cas d'abus. Le père ou la mère maltraitant leur enfant pourraient être déchus de la puissance paternelle, grâce aux lois du 24 juillet 1889 et du 19 avril 1895 sur les mauvais traitements ayant compromis la santé de l'enfant. Le droit de correction proprement dit, c'est le droit pour le père de faire incarcérer l'enfant par voie d'autorité ou de réquisition suivant les cas. L'opinion de la mère n'est jamais requise et pourtant elle aurait là sa place comme contre-partie à l'arbitraire du père, à sa surveillance envers l'enfant.

(6) Planteau de Marousseaux : Du contrôle de la justice sur les droits paternel de correction et d'éducation. Thèse Paris 1817.

Gastambide : L'enfant devant la famille et l'Etat. Thèse Paris 1902.

Lavolée : L'Etat, le père et l'enfant, 1905.

Gilles : Les droits du père de famille dans l'enseignement. Thèse Paris 1924.

Son avis ne compte pas davantage lorsqu'il s'agit d'émanciper l'enfant ayant atteint l'âge de 15 ans.

Les parents ont sur les biens de leurs enfants un droit d'administration et un droit de jouissance.

Du vivant des père et mère et tant que dure le mariage, le père seul a l'administration des biens de son enfant mineur non émancipé (article 389). La mère ne peut, en aucun cas, s'immiscer dans cette administration.

De même, la jouissance d'après l'article 384, appartient au père seul jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de 18 ans. La mère ne peut intervenir que dans un seul cas : pour accepter une donation faite à l'enfant (article 935).

La loi aurait pu lui donner un droit de regard sur les actes de son mari relativement à la fortune personnelle de leur enfant pour éviter la mauvaise administration du père.

§ II. — DROITS PROPRES DE LA MÈRE

Il est cependant, au cours du mariage, quelques situations dans lesquelles la mère jouit d'un pouvoir propre, sans avoir toutefois la puissance paternelle (7)

Elle peut provoquer l'interdiction de son enfant, mais ce droit ne lui est pas spécial ; elle le partage avec tous les autres parents de l'enfant (art. 490).

Son consentement est nécessaire lorsqu'un tiers se propose d'adopter son enfant. Le consentement du père seul ne suffit pas. Elle peut s'opposer à l'adoption sans que le père puisse passer outre en invoquant

(7) Rougé : De la participation de la mère à la puissance paternelle. Thèse Paris, 1870.

ses droits de chef. Si l'avis maternel n'était pas pris, l'adoption serait nulle, de nullité absolue (art. 348).

Son rôle est plus important quant au consentement au mariage de l'enfant. Il a d'ailleurs subi toute une évolution. Tandis que par des lois successives, le droit de la mère grandissait, celui du père par contre-coup diminuait, jusqu'à la loi du 17 juillet 1927, qui a porté une atteinte profonde à l'autorité paternelle et plus généralement à la cohésion de la famille.

L'article 148 du Code de 1804 portait que le fils au-dessous de 25 ans, la fille au-dessous de 21 ans, ne pouvaient contracter mariage sans le double consentement de leur père et mère. Mais, au cas de dissentiment entre eux, l'opinion paternelle l'emportait. Pratiquement, l'enfant n'avait pas à se préoccuper de l'opinion de sa mère. Il demeurait néanmoins contraint de demander son consentement et d'en justifier devant l'officier de l'état civil. Le mariage célébré sans que la mère ait été consultée était nul, mais de nullité relative seulement. De plus, l'article 173 lui refusait le droit de faire opposition au mariage tant que le père vivait. La prédominance revenait encore au père pour le choix des conventions matrimoniales. (Article 1398).

La situation était la même pour l'aïeule. L'enfant dont les père et mère étaient morts devait obtenir le consentement de ses aïeux et aïeules. Au cas de dissentiment entre aïeux de la même ligne, le grand-père l'emportait.

En 1896 et 1907, deux lois modifièrent le consentement au mariage en cas de divorce ou de séparation de corps des père et mère. Nous les retrouverons en étudiant la mère divorcée ou séparée de corps.

En 1915, une loi temporaire donna à la mère l'exercice de la puissance paternelle, le père à la guerre

étant dans l'impossibilité de l'exercer. D'où le droit de décider à sa guise du mariage de l'enfant.

La loi du 21 juin 1907 abaissait à 21 ans l'âge de la majorité matrimoniale. Pour harmoniser l'article 173 sur les oppositions au mariage, avec cette disposition nouvelle, une erreur de rédaction fut commise, qui aboutit au texte suivant : « Le père et, à défaut du père, la mère, les aïeux et les aïeules, peuvent former opposition au mariage de leurs enfants... » Ainsi, à défaut du père, les grands-parents jouissaient du droit d'opposition concurremment avec la mère. Ce qui était inadmissible, la mère seule ayant la puissance paternelle quand le père est décédé ou incapable de l'exercer.

La loi du 9 août 1919 corrigea l'erreur et donna à la mère le droit d'opposition concurremment avec le père.

L'évolution quand au consentement des parents au mariage de leurs enfants ne devait pas s'arrêter là. La loi la plus récente sur ce point est celle du 17 juillet 1927 qui vient porter une atteinte de plus à l'autorité paternelle et contribuer à la dissociation de la famille. Edictée dans le but de faciliter le mariage de l'enfant, elle décide dans le nouvel article 148 que le dissentiment entre père et mère emportera consentement. L'opinion paternelle ne prévaudra plus désormais.

On justifie la réforme en disant que l'affection du père n'est pas toujours la plus clairvoyante, qu'il peut se tromper et ne pas avoir la conception la plus juste des conditions qui peuvent assurer le bonheur du futur ménage, qu'il peut être malveillant envers l'enfant et, enfin, que vu la dénatalité actuelle, il faut, avant tout, favoriser le mariage.

Juridiquement, la disposition nouvelle n'en demeure pas moins une atteinte grave à l'autorité du père de famille. Elle est contraire au principe fondamental de notre Code d'après lequel l'autorité n'appartient qu'au chef de famille comme mari et comme père. Elle atteint aussi la sécurité de la famille. On se plaignait, déjà, que les mœurs l'avaient désagrégée et voilà, maintenant, que la loi elle-même l'attaque.

Les parents étaient une force, une autorité devant laquelle l'enfant devait s'incliner. Pour établir l'égalité entre le père et la mère on se contente du consentement de l'un d'eux. N'eût-il pas mieux valu exiger le consentement de tous les deux ? La loi telle qu'elle existait, n'était d'ailleurs pas si sévère pour l'enfant, puisqu'elle ne l'obligeait qu'à attendre l'âge de 21 ans pour se passer du consentement de son père. Il avait le temps de réfléchir de se rendre ou non aux raisons paternelles qui, dans la majorité des cas, ne visaient que son intérêt, et étaient dépourvues de malveillance. Si la loi nouvelle se dresse contre les erreurs du père, elle ouvre un champ bien large aux erreurs de l'enfant qui, jeune, inexpérimenté, pourra se tromper plus facilement et arracher à la faiblesse maternelle le consentement que le père refusait. Une pareille solution légale ne va-t-elle pas amener la discorde et peut-être le divorce entre le père et la mère ? Sous l'intérêt de l'enfant qu'elle invoque, le véritable but de la loi paraît être, comme pour la nationalité de la femme mariée, la lutte contre la dépopulation.

Il est enfin un quatrième cas qui permet à la mère de manifester juridiquement sa volonté : c'est le droit de demander la déchéance du père indigne.

Ce droit ne lui appartient d'ailleurs pas au propre, elle le partage avec des autres parents, mais on com-

prend qu'elle soit la première intéressée à le faire valoir.

Les lois successivement édictées au sujet de la déchéance de la puissance paternelle, ne visent que l'intérêt de l'enfant. Les droits de la mère s'en sont trouvés accrus, bien que le but immédiat des dispositions nouvelles n'ait pas été de les augmenter.

Le Code de 1804 confiant au père la puissance paternelle n'indiquait pas de sanction pour le cas où elle aurait été mal exercée.

Seul, l'article 335 du Code Pénal la retirait à celui des père et mère qui aurait commis un attentat sur la personne de leur enfant. Elle passait à l'autre conjoint, mais à l'égard de l'enfant victime seulement.

Devant cet état de chose, la jurisprudence intervint pour combler les lacunes du Code Civil : les tribunaux prirent l'initiative d'enlever au père indigne certains attributs de la puissance paternelle, en particulier les droits de garde et d'éducation, chaque fois que l'intérêt matériel ou moral de l'enfant était en danger, c'est-à-dire au cas de mauvais traitements ou de mauvais exemples. Ils créaient ainsi une déchéance partielle en dehors de tout texte, qu'ils justifiaient par la tradition historique et la nécessité pratique.

Quelques textes du Code Pénal instituent aussi une déchéance, mais sur des points particuliers : au cas d'infraction commise par l'enfant n'ayant pas atteint la majorité pénale (article 66) ; au cas d'infraction commise par les parents envers l'enfant : provocation à la prostitution (article 335), à la mendicité, etc. Mais il faut arriver à la loi du 24 juillet 1889 pour voir la déchéance de la puissance paternelle civilement instituée.

La loi organise une déchéance obligatoire pour tous

les attentats commis contre la personne et la moralité de l'enfant, et une déchéance facultative pour le juge, pour inconduite notoire et scandaleuse, mauvais traitements, ivrognerie habituelle des parents. La déchéance est générale, porte non seulement sur la puissance paternelle mais sur tous les droits des parents épars dans le Code. Elle agit vis-à-vis de tous les enfants. (8)

L'action peut être intentée par tous les parents jusqu'au degré de cousin germain et par le ministère public (article 3 de la loi). La mère peut donc agir contre son mari et n'a pas besoin pour cela de l'autorisation maritale. La déchéance prononcée, il semble que naturellement la puissance paternelle devrait lui revenir (9). Il n'en est rien dans la loi de 1889 : les tribunaux restent libres de décider souverainement si la puissance paternelle sera accordée à la mère ou à tout autre personne, au mieux des intérêts de l'enfant. Pour justifier cette mesure, le législateur fait valoir que, lorsque les époux vivent ensemble, si, par suite de la déchéance du père, la puissance paternelle passe à la mère, les enfants ne seront pas davantage protégés, puisque le père vivant avec eux pourra continuer ses mauvais traitements (10). Si après le jugement de déchéance, la raison pour laquelle les tribunaux avaient écarté la mère de la puissance pater-

(8) Le père déchu qui se remarie continue à être déchu de ses droits sur ses enfants du deuxième lit. Les tribunaux peuvent donner la puissance paternelle à une autre personne que la deuxième femme, leur mère.

(9) Charmont : La loi du 24 juillet 1889. *Revue Critique* 1891.

(10) Testaud : Le contrôle de la puissance paternelle par les tribunaux et la loi du 24 juillet 1889. *Rev. Crit. lég. jurisp.*, 189, p. 16.

nelle pour la donner à un tiers vient à disparaître, elle peut leur demander de modifier leur décision à son égard. Par exemple : si elle ne cohabite plus avec son mari.

Si le père déchu vient à mourir, la mère prend les droits du conjoint survivant sans avoir besoin de s'adresser à la justice pour se les faire attribuer.

La loi de 1889 présentait l'inconvénient d'effrayer les tribunaux parce qu'elle instituait une déchéance totale. Aussi, la loi du 19 novembre 1898, sans abroger celle de 1889, vint permettre au juge d'instruction d'enlever simplement la garde de l'enfant à celui des parents qui n'accomplit pas son devoir (11). La loi du 15 novembre 1921 modifia celle de 1889 pour la mettre en harmonie avec celle de 1898. La mère peut utiliser à son profit ces nouvelles dispositions.

§ III. — CAS OU LA PUISSANCE PATERNELLE EST EXERCEE PAR LA MERE DU VIVANT MEME DU PERE

Il existe enfin, du vivant même du père, quelques cas spéciaux dans lesquels la mère, au lieu d'un simple attribut particulier, exercera la puissance paternelle dans toute sa plénitude. Ce sont tous les cas où le père est dans l'impossibilité de l'exercer lui-même matériellement : absence, disparition, et juridiquement : aliénation mentale, interdiction, séparation de corps, divorce.

(11) Sabatier : La déchéance de la puissance paternelle et la privation du droit de garde, Paris, thèse 1922.

I. — ABSENCE DU PÈRE

La mère est appelée à exercer la puissance paternelle quand le père est absent, c'est-à-dire lorsqu'on ignore sa résidence et jusqu'à son existence même.

L'article 141 donne dans ce cas à la mère : « la surveillance des enfants issus du commun mariage et tous les droits du mari quant à leur éducation et l'administration de leurs biens. »

Elle exercera seule, comme l'exerçait le père, le droit de garde avec ses attributs les droits et devoirs d'entretien et d'éducation.

Mais jouira-t-elle du droit de correction dans la même mesure que le père comme semble l'indiquer l'article 141 ? Cela n'est pas possible, car elle ne peut avoir plus de droits que la mère survivante. Or, la mère survivante jouit d'un droit de correction moins étendu que celui du père. Nous verrons plus loin qu'elle ne peut employer que la voie de réquisition. Elle ne peut avoir plus de libertés, plus de droits quand son mari est absent que quand il est mort, la situation de fait étant la même.

L'article 141 ne visant que l'éducation, la mère pourra-t-elle émanciper seule son enfant ? L'acte constituant une renonciation à la puissance paternelle peut-elle l'exercer sans son mari ? Certains auteurs faisant jouer l'article 477 d'après lequel le mineur de 15 ans révolus peut être émancipé à défaut du père par la mère, donnent aux tribunaux le soin d'en décider. D'autres, au contraire, lui refusent ce droit, car l'article ne dit pas à défaut du père mais à défaut de père et l'absence implique toujours l'idée d'un retour possible. Aussi, les avis sont-ils partagés.

Il en est de même pour l'adoption. Elle ne peut avoir lieu qu'avec le double consentement du père et

de la mère. Celui de la mère suffit-il ? Aucun texte n'a prévu le cas.

Le problème est plus simple pour le mariage du mineur, l'article 149 décidant que si l'un des deux parents est mort ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. L'absence du père réalisant la situation prévue par la loi, le consentement maternel suffira.

Ce cas d'absence du père amène des difficultés quant aux droits de la mère sur les biens de son enfant. L'article 141 ne parle que de l'administration. Elle administre donc, comme l'eût fait son mari, en pleine capacité sans avoir à demander l'autorisation de justice comme l'ont prétendu quelques auteurs.

Mais a-t-elle le droit de jouissance dont l'article ne parle pas ? Ce serait rationnel, l'usufruit légal étant la contrepartie des charges imposées par l'administration à la mère. Pourtant l'opinion contraire prévaut en général car les termes précis de l'article 141 s'opposent à toute extension. La mère doit conserver intacts les revenus.

Certains auteurs font, pour l'absence du mari la distinction que fait le Code pour l'absence en général. Deux périodes seraient à considérer : la présomption d'absence durant laquelle la mère aurait les droits sus-indiqués, et l'absence légalement déclarée. Ici, l'article 141 ne jouerait plus et la tutelle s'ouvrirait dans la même mesure que la tutelle de la mère survivante que nous étudierons plus loin.

II. — DISPARITION DU PÈRE

Un état analogue à l'absence est la disparition du père. Le Code est muet sur cette hypothèse et la doctrine très partagée : les uns pensent qu'on ne peut

attribuer à la mère des droits dont le titulaire étant présumé vivant est toujours en possession. Les autres, au contraire, et c'est l'opinion la plus généralement admise, appliquent par analogie de situation l'article 141 sur l'absence. Puisque le Code donne la puissance paternelle à la mère en même temps qu'au père, en principe, c'est pour qu'elle puisse le remplacer automatiquement quand il est hors d'état de l'exercer.

Telle ne semble pourtant pas avoir été l'opinion du législateur puisqu'il a pris le soin d'édicter des textes particuliers pour les cas où la mère remplacerait le père juridiquement.

C'est ainsi qu'en 1870, un décret du Gouvernement de la Défense Nationale du 14 décembre, autorisa les femmes dont les maris étaient à la guerre, à exercer sur leurs enfants la puissance paternelle.

De même une loi du 8 juillet 1915 reproduisit les mesures prises en 1870. Le mari, étant éloigné par le fait de la guerre ou considéré comme disparu ou en captivité, ne pouvait donner à sa femme l'autorisation nécessaire pour agir à sa place. La mère se trouvait paralysée quant à l'exercice de la puissance paternelle. Aussi l'article 2 de la loi lui attribuait les droits généralement exercés par le père. (12)

III. — FOLIE DU PÈRE. — INTERDICTION

Sans être absent ou disparu, le père peut se trouver en fait matériellement empêché d'exercer ses droits

(12) Planchard : Du remplacement par la femme du chef de famille mobilisé. Thèse Dijon 1918.

Isorée : La guerre et la condition privée de la femme. Thèse Paris, 1919.

sur l'enfant. S'il est fou, sans être interné dans un asile d'aliénés, il serait évidemment déraisonnable de lui laisser l'exercice de la puissance paternelle. Bien qu'aucun texte ne s'en occupe, la mère agira en lieu et place de son mari aliéné.

De même, lorsqu'il est interdit. L'interdiction n'étant qu'une mesure de protection et non une peine, le père aliéné interdit reste titulaire de l'autorité paternelle, mais l'exercice passe à la mère. L'interdiction est une constatation juridique de l'incapacité matérielle où il se trouve d'exercer son droit.

Il sera encore juridiquement empêché d'exercer ses droits au cas de déchéance. La mère aura la puissance paternelle, si le tribunal en a décidé ainsi.

IV. — DIVORCE ET SÉPARATION DE CORPS

La situation de la mère est plus intéressante au cas de divorce ou de séparation de corps. Mais disons quelques mots auparavant sur la séparation de fait.

Lorsque deux époux se sont séparés à l'amiable, la puissance paternelle est exercée pratiquement par celui qui garde les enfants. Mais dès qu'un conflit éclate, que la justice doit intervenir, comme la séparation de fait n'est pas reconnue par la loi, le père, quels que soient ses torts, a seul droit à la puissance paternelle. Elle est indisponible du vivant des époux. En conséquence, juridiquement, il a seul droit à la garde des enfants (13). La mère ne peut même pas alléguer leur bas-âge pour les garder avec elle. On lui a dénié jusqu'à son droit de visite, et, en quelque sorte, on l'a acculée au divorce ou à la séparation de corps.

(13) Paris, 29 avril 1913. S. 1914-2-40, 3 janvier 1917, D. 1917-2-37.

Il faut toutefois remarquer qu'à l'heure actuelle la jurisprudence ne montre une telle sévérité que lorsque la séparation est due à la faute de la femme. Si elle incombe au mari, elle se montre plus large et n'hésite pas à condamner le père pour abus, quels que soient ses droits, lorsqu'il prive la femme de ses enfants (14).

Le divorce, auquel on assimile, à ce point de vue, la séparation de corps, va changer les rapports du père et de la mère. Tant que durait le mariage, le père seul était le chef. Désormais, il n'y aura plus de ménage, plus de foyer. La prédominance du père ne s'impose plus. La justice va trancher suivant les circonstances, pour savoir qui, dorénavant, s'occupera des enfants, en s'attachant uniquement aux intérêts de ces derniers.

Les articles 302 et 303 décident que les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, ne les confie tous ou quelques-uns d'entr'eux seulement, soit à l'autre époux, soit à une tierce personne.

Ainsi, les droits de la mère divorcée dépendent du résultat du divorce. S'il est prononcé à son profit, elle gardera les enfants. Au cas contraire, ils iront au père, à moins que le tribunal n'en décide autrement ; d'une manière générale, les enfants en bas âge ayant encore besoin des soins maternels, restent à la mère, qu'elle soit ou non la bénéficiaire du divorce. L'autre époux jouira du droit de visite, réglé par le tribunal.

Quant à la puissance paternelle, la loi ajoute que

(14) Trib. Seine, 25 décembre 1910, D. 1911-5-19. Paris, 8 février, 1912, D. 1912-2-279, note Planiol.

« quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés ». Celui qui a la garde des enfants ne jouit donc pas à lui seul des droits d'entretien et d'éducation, l'autre conjoint conserve un droit de contrôle et l'obligation de participer aux frais. La loi n'a fixé d'une façon précise que le droit de garde et ses deux corollaires, les droits d'entretien et d'éducation. Par qui seront exercés les autres attributs de la puissance paternelle ? Elle n'est pas donnée dans sa totalité à un ou à l'autre des conjoints ; ils la partagent selon les cas.

Le droit de correction appartient au père. La mère ne pourrait l'exercer que dans la même mesure que la mère survivante. L'émancipation revient aussi au père.

Quant au consentement au mariage de l'enfant, il a subi, au gré des lois successives, toute une évolution. L'enfant doit obtenir le consentement de ses père et mère et ce n'est que s'il y a dissentiment entre eux que la difficulté surgit.

Le Code de 1804 donnait voix prépondérante au père, qu'il soit ou non divorcé, l'article 148 ne faisant pas de distinction. L'enfant restait néanmoins tenu de justifier auprès de l'officier de l'état civil du refus de la mère.

En 1897, la loi du 20 juin décida qu'en cas de dissentiment entre parents divorcés ou séparés, le consentement du bénéficiaire du divorce qui avait obtenu la garde des enfants suffirait. Ainsi : si le divorce était prononcé contre le père et si la mère avait la garde de l'enfant, le consentement de celle-ci était seul nécessaire.

Pour que la loi puisse s'appliquer, ces deux conditions : bénéfice du divorce et garde de l'enfant, devaient être réunies ; sinon l'art. 148 reprenait son empire, l'opinion du père l'emportait. C'était ce qui se passait lorsque le divorce avait été prononcé aux torts réciproques des époux et lorsque le conjoint bénéficiaire n'obtenait pas la garde de l'enfant.

Aussi, une loi du 21 juin 1907 décida (art. 152, al. 2) que, lorsque ces deux conditions ne seraient pas remplies, l'époux qui consentait pourrait citer son conjoint devant le tribunal, lequel statuerait. C'était une brèche de plus portée à l'autorité du père : si la mère consentait à un mariage, auquel il s'opposait, il n'avait plus voix prépondérante, le tribunal décidait à sa place. Cette immixtion de l'autorité judiciaire dans l'exercice de la puissance paternelle était un fait tout nouveau dans le Code.

Mais la brèche vient d'être encore élargie par la loi du 17 juillet 1927, qui a abrogé les lois de 1896 et 1907, en déclarant que le dissentiment entre époux divorcés emporterait consentement.

Le divorce des parents n'entraîne plus de difficulté à l'heure actuelle sur ce point.

Quant aux biens de l'enfant mineur, l'art. 386 donne la jouissance à celui des deux époux qui a obtenu le divorce à son profit. Mais le Code ne parlait pas de l'administration et les controverses étaient nombreuses à ce sujet. La loi du 6 avril 1910 y mit fin en la confiant à celui des époux qui a la garde de l'enfant (art. 389, al. 3), à moins que le tribunal n'en décide autrement. L'administration suit le droit de garde. Mais, si l'époux qui a la garde de l'enfant ne présente pas les qualités indispensables à la bonne administration, le tribunal la donnera à l'autre conjoint. C'est

ainsi que, très souvent, on l'enlèvera à la mère, moins apte que le père à administrer des biens.

En définitive, les droits de la mère divorcée ou séparée de corps sur la personne et sur les biens de ses enfants, ne sont pas nettement précisés par la loi. Ils dépendent des décisions du tribunal (15).

§ IV. — DROITS DE LA MÈRE APRÈS LA MORT DU PÈRE

La mère n'est jamais libre d'agir, le père étant vivant. Il n'en est pas de même au cas de mort du mari.

Après le décès du père, l'exercice réel de la puissance paternelle va enfin être confié à la mère. Toutefois il ne lui sera pas dévolu intégralement, car le législateur ne se départ pas de sa défiance vis-à-vis des femmes, et si les droits du père passent ici automatiquement à la mère, ils n'en subissent pas moins, dans certains cas, quelques restrictions.

Deux situations sont à considérer : la mère survivante non remariée ; la mère survivante remariée.

I. — MÈRE SURVIVANTE NON REMARIÉE

En principe, elle exerce la puissance paternelle dans les mêmes conditions que le père. Elle a, sans limitations, les droits de garde et d'éducation. Elle consent seule au mariage de ses enfants, peut les émanciper.

(15) Marc Dessertaux : De la protection des enfants légitimes après le décès de leur père ou de leur mère. Rev. trim. D. Civ. 1912,

Mais le droit de correction, entre ses mains, subit une modification :

Le père a deux moyens pour faire incarcérer son enfant vicieux ou rebelle :

La voie d'autorité, pour laquelle il est dispensé de donner ses raisons au président du tribunal. L'enfant doit avoir moins de seize ans et la détention ne peut dépasser un mois.

La voie de réquisition, pour les enfants de plus de seize ans, ou qui ont des biens personnels, ou exercent une profession. La détention peut aller jusqu'à six mois. Ici, le père doit, obligatoirement, justifier de sa demande, et le président peut refuser l'incarcération.

La mère, elle, ne jouit que de la voie de réquisition. De plus, elle ne peut saisir le président du tribunal qu'avec le concours des deux plus proches parents du côté paternel (art. 381). Leur avis doit être conforme au sien pour que l'incarcération ait lieu. Si ces parents font défaut, il faudra le concours de deux alliés ou amis du père.

Le législateur a voulu protéger l'enfant contre la faiblesse de la mère qui peut s'alarmer à tort. Il nous semble que, sur ce point, il s'est trompé, car la mère n'est pas naturellement portée à un excès de sévérité envers ses enfants, alors que le père peut être enclin à punir d'une façon exagérée.

Il serait même souhaitable que le législateur exige le concours de la mère pour tempérer l'arbitraire du père. D'un avis unanime, l'incarcération est un acte grave et aléatoire quant à ses résultats. Comme il n'existe que très peu d'établissements spéciaux, l'enfant est souvent enfermé dans la prison départementale. Bien que, depuis la fin du xix^e siècle, on l'isole

des autres condamnés, le régime cellulaire est bien sévère pour un enfant simplement rebelle, qui risque de sortir de prison plus révolté et vicieux qu'il n'y est entré. L'avis de la mère ne serait donc pas de trop et obligerait le père à réfléchir avant d'agir.

Certains auteurs font une nouvelle différence entre le père et la mère, quand au droit de grâce. Le père seul en jouirait. L'article 379, ne parlant que de lui, la mère, pour abréger la détention par elle demandée, devrait avoir le concours des deux plus proches parents du père (16).

Quant aux droits de la mère survivante sur le patrimoine de son enfant, il faut distinguer entre le droit de jouissance et l'administration.

Le droit de jouissance, après le décès du père, appartient à la mère intégralement (art. 334) jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de 18 ans accomplis ou jusqu'à son émancipation.

L'administration légale disparaît pour faire place à la tutelle. La mère administrera les biens de l'enfant non plus en qualité d'administratrice, mais de tutrice. Ses droits sont ainsi modifiés, non pas par méfiance du législateur, parce que c'est elle qui va les exercer, mais parce qu'un des conjoints est mort. Il en serait de même pour le père, au cas de mort de la mère. La tutelle n'est d'ailleurs pas une modification de la puissance paternelle. Ce sont deux pouvoirs distincts qui coexistent. La tutelle a été créée dans l'intérêt de l'enfant, car il a besoin d'une plus grande protection, n'ayant plus qu'un seul parent et des biens plus importants par suite de l'héritage.

(16) Leloir : Code de la puissance paternelle sur la personne des enfants et des descendants, Paris 1892. 2 volumes, T. I, N° 153.

La tutelle légale de la mère présente cependant quelques particularités qui n'existent pas lorsqu'elle est exercée par le père.

La mère survivante est, comme le père, tutrice de droit, (art. 390). Mais, alors que le père ne peut se récuser, la mère, comme toute tutrice, n'est pas tenue d'accepter. Elle n'a que l'obligation d'assurer l'administration des biens des mineurs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur (art. 394). Administration et jouissance n'appartiennent pas, dans ce cas, à la même personne.

Si la mère est enceinte lors du décès du mari, le conseil de famille devra lui nommer un curateur au ventre (art. 393). A la naissance de l'enfant, la mère deviendra tutrice et le curateur subrogé-tuteur de plein droit. Le curateur au ventre administre provisoirement la succession du mari et surveille la grossesse de la femme, car son rôle, tel qu'il découle du droit romain qui l'a institué, et de l'ancien droit qui l'a conservé, est encore de nos jours d'éviter les supposition et suppression de part.

Il y a supposition de part, lorsque la femme simule grossesse et accouchement, pour s'attribuer le patrimoine du défunt au détriment des héritiers.

Et il y a suppression de part, lorsque, au contraire, la femme tente de faire disparaître son enfant, pour être la seule héritière.

L'institution du curateur au ventre ne présente un intérêt réel que s'il n'existe pas déjà d'enfant vivant, lors du décès du père. C'est pourquoi il semblerait rationnel de ne l'appliquer que dans cette hypothèse seulement. L'art. 393 ne faisant pas de distinction, la question est controversée.

En pratique, l'institution est peu usitée.

Enfin, le père pré-mourant peut, par testament ou

par déclaration devant notaire ou juge de paix, désigner à la mère tutrice un conseil spécial (art. 391-92).

Le rôle de ce conseil n'est pas d'exercer la tutelle en même temps que la mère. Il se borne à donner son avis pour chaque acte d'administration que la mère se propose de faire, sinon elle ne peut agir.

Si le père, comme le prévoit l'article 391, a spécifié les actes qui demandent l'intervention du conseil, la mère n'a l'obligation de le consulter que pour ces actes seulement, elle reste libre d'agir à sa guise pour tous les autres.

S'il y a désaccord entre la mère et le conseil, lequel des deux l'emportera ? Le rôle du conseil est-il purement consultatif et la mère, après avoir pris son avis, peut-elle passer outre, l'article 391 parlant « d'avis, d'assistance » ? En décider ainsi, serait aller contre le but même de l'institution, et lui enlever tout intérêt pratique. Il faut donc décider que, devant le refus du conseil, la mère ne peut agir.

Mais, comme la prédominance ne peut pas davantage lui être donnée, le différent sera tranché par une autorité supérieure, conformément à l'intérêt de l'enfant. Quelle sera cette autorité ? Les auteurs ne sont pas d'accord sur ce point : c'est le conseil de famille pour les uns, le tribunal pour les autres. Toutefois, il faut remarquer que, comme pour le curateur au ventre, le conseil spécial est peu usité dans la pratique.

Ces particularités n'existent pas lorsque c'est le père qui survit.

Le dernier survivant des père et mère a le droit de désigner un tuteur qui sera préféré à la tutelle légitime des ascendants. La mère peut exercer ce droit comme le père. Pour l'un comme pour l'autre, une condition est nécessaire : qu'ils soient eux-mêmes tu-

teurs au moment où ils exercent ce droit. La mère survivante remariée et non maintenue dans la tutelle, le père exclu ou destitué ne peuvent exercer ce droit. On étend cette disposition au père qui s'est fait excuser et à la mère qui a refusé la tutelle, car l'enfant est alors déjà pourvu d'un tuteur.

II. — MÈRE SURVIVANTE REMARIÉE

Le législateur s'est montré méfiant à l'égard de la mère survivante qui se remarie. Il craint l'influence néfaste du second mari sur les enfants du premier lit. Aussi, pour assurer leur protection, a-t-il apporté aux droits de la mère veuve et remariée, des limitations et même des déchéances, que le père veuf remarié ne subit pas.

Une première précaution a été de lui imposer un « délai de viduité » (art. 228) : la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après 300 jours révolus depuis la dissolution du mariage précédent, pour qu'il n'y ait aucun doute sur la filiation de l'enfant qui pourrait naître après le décès du mari. On applique ici la présomption de l'art. 812, d'après laquelle les gestations les plus courtes sont fixées juridiquement à 180 jours, et les plus longues à 300. L'enfant qui naîtrait avant l'expiration des 300 jours, serait présumé être du mari, et le délai prendrait fin dès l'accouchement (art. 228, al. 2).

La mère survivante est obligée, avant son remariage, de convoquer le conseil de famille, pour qu'il décide si la tutelle lui sera conservée (art. 395). Elle ne demeure pas tutrice de plein droit.

La tutelle lui est automatiquement enlevée, si elle omet de convoquer le conseil de famille (art. 395, al. 2). Il se réunit alors d'office pour procéder à la nomination d'un autre tuteur.

La question s'est posée de savoir si le conseil de famille pouvait choisir la mère coupable de ne l'avoir pas réuni elle-même en temps voulu. Aucun texte ne s'y opposant, ce droit a dû lui être reconnu. Mais, au lieu d'être tutrice légale, elle ne sera plus que tutrice dative, ce qui entraîne certaines limitations à ses pouvoirs : obligation de rendre des comptes périodiques (art. 470), limitation des sommes qu'elle peut engager annuellement au compte du mineur (art. 454).

La mère déchue de plein droit, pour avoir négligé de réunir le conseil de famille, demeure responsable solidairement avec son mari de tous les actes qu'elle a accomplis au cours de la tutelle de fait qu'elle a indûment exercée (17). Le mineur pourra en demander l'annulation. La responsabilité du mari co-tuteur de fait, s'étendra-t-elle aux actes antérieurs au remariage, ou seulement, comme c'est le cas pour le mari de la mère maintenu dans la tutelle, aux actes postérieurs ? Cette dernière solution serait la plus équitable, car ce n'est que postérieurement au remariage que la tutelle est indûment exercée. Mais, la majorité des auteurs et la jurisprudence donnent la prépondérance à la première solution, pour des raisons historiques (18).

La mère remariée non maintenue dans la tutelle, soit pour défaut de convocation du conseil de famille, soit parce que ce dernier la lui a enlevée, conserve néanmoins la puissance paternelle.

Les droits sur la personne ne reçoivent pas de mo-

(17) Sumien : Les tuteurs de fait. Rev. trim. 1903, p. 751 et suivantes.

(18) Dijon, 26 juillet 1862, D. P., 62-2-146.

Nancy, 21 juin 1891, P. F., 92-2-197.

Paris, 14 mars 1905, D. P. 1907-2-73.

difications essentielles : seul l'article 381 lui enlève le droit de correction.

Les droits sur les biens sont plus sévèrement traités : l'administration va au tuteur. L'usufruit légal était enlevé (ancien art. 386) à la mère remariée, même quand elle était maintenue dans la tutelle.

Le législateur craignait que les revenus de l'enfant, détournés de leur vrai but, son entretien, n'aillent enrichir le mari qui, en fait, presque sous tous les régimes, dispose des revenus de sa femme. Il n'imposait pourtant pas une pareille déchéance au père remarié, qui pouvait de même enrichir sa nouvelle femme avec les revenus des enfants du premier lit.

Aussi, la loi du 21 février 1906, ne faisant plus état de ces considérations, décida que, désormais, la mère survivante remariée conserverait l'usufruit légal (19).

Le conseil de famille peut maintenir la mère dans sa qualité de tutrice, lorsqu'il juge que l'enfant n'aura pas à souffrir, dans sa personne ni dans ses biens, de la présence du deuxième mari.

Mais, pour éviter une ingérence abusive de ce dernier, la loi le nomme automatiquement co-tuteur. Il devient par là solidairement responsable des actes commis par sa femme, mais sa responsabilité ne s'étend qu'aux actes postérieurs au remariage (art. 396).

La mère remariée et tutrice exerce donc la puissance paternelle sur la personne et la tutelle sur les biens de ses enfants nés d'un premier mariage, suivant les mêmes règles qu'un tuteur étranger. C'est ainsi qu'elle

(19) Cf. Rapport Guillier, du 27 juin 1905. J. Off. du 30 octobre 1905, p. 518, annexe 181.

ne peut exercer le droit de correction de la mère survivante, mais celui du tuteur (art. 468), c'est-à-dire par voie de réquisition et avec l'autorisation du conseil de famille.

A sa mort, elle a le droit de désigner un tuteur testamentaire, qui peut être son deuxième mari.

Si le second mariage se dissout, la mère retrouvera dans la situation de la mère survivante non remariée. Les modifications dues au remariage tomberont d'elles-mêmes.

CHAPITRE II

LA MERE NATURELLE (1)

Nous ne sommes plus en présence, ici, d'une famille légalement constituée. Il n'y a pas de mariage, par conséquent pas d'association conjugale réglant, par le seul fait de son existence, les rapports des différents membres entre eux. Dans la famille naturelle les liens du sang n'entraînent des conséquences juridiques que lorsqu'ils sont légalement établis ; mais ces conséquences ne se font sentir qu'entre l'auteur et le bénéficiaire de l'acte. La famille naturelle n'a donc qu'un degré. Elle se réduit à l'enfant et à celui de ses parents auquel il est rattaché par reconnaissance volontaire ou forcée. Les droits de la mère sont différents, suivant que la filiation de l'enfant n'a été établie qu'à son égard seulement, ou quand elle a été établie en même temps vis-à-vis du père.

(1) Travers : de la puissance paternelle et de la tutelle sur les enfants naturels. Paris 1907.

Maynien : la mère naturelle. Thèse 1908.

Rousseau : la minorité des enfants naturels. Paris 1908.

Les enfants qui n'ont pas été légalement rattachés à leur mère, lui demeurent absolument étrangers.

§ I. — CAS OU LA FILIATION DE L'ENFANT N'EST ETABLIE QUE VIS-A-VIS DE LA MÈRE

La filiation d'un enfant naturel peut être établie par une reconnaissance de paternité ou de maternité, acte de volonté, déclaration du père ou de la mère avouant que l'enfant est le sien.

Elle peut être aussi établie à la suite d'une action en justice intentée par l'enfant lui-même, appelée action en recherche de paternité ou de maternité, aboutissant à une reconnaissance judiciaire forcée.

La recherche de la maternité naturelle présente, pour l'enfant, de grosses difficultés, tenant à la preuve à fournir (2). Elle devrait pouvoir se faire de la même façon que pour la maternité légitime, car les situations sont semblables. Il faut prouver, dans les deux cas, le même fait extérieur et matériel, l'accouchement, et l'identité de l'enfant avec celui dont la mère a accouché.

Mais le code se montre plus sévère pour l'enfant naturel et lui refuse les modes de preuves accordés à l'enfant légitime. Ni l'acte de naissance, ni la possession d'état ne peuvent lui servir, seule la preuve testimoniale lui est permise. On allègue que l'acte de naissance ne fait pas foi vis-à-vis de l'enfant naturel parce que, généralement, les filles-mères dissimulent

(2) Ambroise Colin : La protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation. *Rev. trim.* 1902, p. 256.

Cremieu : Des preuves de la filiation naturelle, thèse Paris, 1907.

leur grossesse et vont accoucher loin de chez elles, sous un faux nom. L'argument ne tient pas, puisque la mère, plutôt que de donner un nom d'emprunt, a la possibilité de ne pas se nommer, et l'acte de naissance portera qu'il est né de mère inconnue.

La loi enlève ainsi à l'enfant un titre probatoire qu'il aurait pu facilement se procurer, et qu'il aura de la peine à remplacer. Elle est encore plus sévère quand elle lui ôte la faculté de faire la preuve des liens qui le rattachent à sa mère, par la possession d'état (2). C'est le plus sûr de tous les titres, et qui prouve l'identité, en même temps que la naissance. En effet, l'enfant vit avec sa mère, porte son nom, est considéré par les tiers comme son enfant. Malgré cela, il ne peut invoquer efficacement cette situation. La possession d'état n'est admise que comme présomption de l'homme, et quand il existe un commencement de preuve par écrit.

La seule voie qui lui est ouverte est la preuve testimoniale. Comme dans le cas précédent, elle n'est retenue qu'accompagnée d'un commencement de preuve par écrit émanant de la mère. Il sera d'autant plus difficile à l'enfant de le produire que, vivant avec sa mère, elle n'aura peut-être pas eu l'occasion de lui écrire. Une jurisprudence récente paraît adopter, pour l'enfant naturel, la même solution que pour l'enfant légitime. Elle n'exige plus que le commencement de preuve par écrit émane uniquement de la mère.

En l'état actuel de notre législation, la recherche de la maternité naturelle est donc bien difficile pour l'enfant. Il lui est plus aisé, depuis la loi du 16 novem-

(3) Lefort : De la possession d'Etat en général en matière de filiation naturelle. Thèse Paris 1913.

bre 1912, d'établir sa filiation vis-à-vis de son père. (Ce qui ne manque pas d'être étrange. Car la mère d'un enfant est toujours sa vraie mère ; la maternité est un fait matériel qui ne peut être tenu absolument secret, à moins du délit de suppression d'état ; alors que la paternité est toujours douteuse, le père n'étant jamais qu'un père présumé. C'est pourquoi l'enfant devrait toujours pouvoir être rattaché à la mère. L'indication de cette dernière devrait être obligatoire et sous sanction, comme il en est en Allemagne et en Suisse. Mais une loi impérative augmenterait peut-être le nombre des infanticides, des abandons d'enfant et des suicides. Il faudrait plutôt faire entrer dans les esprits que la maternité n'est jamais honteuse. Il ne faut pas voir dans l'enfant le résultat d'une erreur ou d'une faute, mais des devoirs nouveaux, auxquels il ne doit pas être possible de se soustraire.

Quand la mère est la seule parente légale de l'enfant, il n'est rattaché qu'à elle juridiquement ; le père ne compte pas. Elle est alors la seule à exercer la puissance paternelle sur la personne et sur les biens.

Sur la personne, le Code ne présente que des textes épars et peu nombreux, aussi reconnaît-on à la mère naturelle les mêmes droits qu'à la mère légitime quand celle-ci exerce l'autorité paternelle.

La mère naturelle a le droit de garde et de correction. Sur ce dernier point, les auteurs ne sont pas d'accord : les uns lui reconnaissent les droits du père, les autres ceux de la mère seulement.

Elle consent seule au mariage (art. 148). Au cas de refus, si l'enfant a de 21 à 25 ans, il peut passer outre, mais en se conformant aux mêmes conditions que l'enfant légitime. Elle peut faire opposition au mariage et en demander la nullité.

Elle a le droit d'émanciper l'enfant. Son consentement est nécessaire au cas d'adoption.

Quant au patrimoine de l'enfant, en l'absence de textes, doctrine et jurisprudence se montraient plus sévères et enlevaient aux parents naturels l'usufruit légal, qui, d'après l'ancien article 384, était considéré comme une conséquence du mariage. Le but était d'éviter les reconnaissances intéressées.

La mère n'avait pas davantage l'administration légale. Elle ne gérât les biens de l'enfant qu'à titre de tutrice. Pendant longtemps, on appliqua ici les règles de la tutelle légale des père et mère, puis l'opinion contraire prévalut, la Cour de Cassation ayant décidé que la tutelle serait donnée par le conseil de famille (4). Les inconvénients d'une doctrine et d'une jurisprudence aussi peu assises ne manquèrent pas de se faire sentir. Aussi une loi du 2 juillet 1907 vint régler d'une manière plus précise la situation de l'enfant naturel.

Pour le cas qui nous occupe ici, quand la mère seule a reconnu l'enfant, la puissance paternelle sur la personne n'est pas modifiée. Mais, sur le patrimoine, elle n'a que les droits d'un tuteur, car celui des parent naturels qui a la puissance paternelle, est tuteur de plein droit (art. 389, al. 4).

De sorte que la mère, tutrice légale, ne peut administrer les biens de son enfant mineur sans le contrôle d'un subrogé-tuteur, et le concours du conseil de famille, qui n'est autre que le tribunal civil. Comme tout tuteur, ses biens personnels sont grevés d'une hypothèque légale, pour assurer la protection du mineur.

La mère naturelle, à l'inverse de la mère légitime,

(4) Req. 16 novembre 1898, D. 1899-1-218.

ne peut refuser la tutelle qui lui a été déferée. Ayant la puissance paternelle et la tutelle, elle bénéficie du droit de jouissance légale, dans les mêmes conditions que la mère légitime. La loi de 1907 s'est, à ce sujet, écartée des solutions admises auparavant par la doctrine et la jurisprudence. C'est qu'elle a posé en principe que, sauf ce qui est dit à l'art. 389 de l'administration des biens, la puissance paternelle sur les enfants naturels est régie comme celle relative aux enfants légitimes (art. 383, dernier al.). Les parents naturels doivent donc jouir de l'usufruit, comme les parents légitimes, puisqu'il est, pour eux aussi, la contre-partie des peines et des soins que nécessite l'éducation des enfants. Le droit de jouissance n'est pas sans danger. Il peut pousser des parents qui, jusqu'alors, ne s'étaient pas soucié de leur enfant, à le reconnaître, lorsque, par donation ou tout autre moyen, il aura acquis des biens.

§ II. — CAS OU LA FILIATION DE L'ENFANT EST ETABLIE VIS-A-VIS DE SA MERE ET DE SON PERE

Quels sont les droits de la mère, quand la filiation de l'enfant a été aussi établie vis-à-vis du père ?

Devant le silence du Code civil, plusieurs opinions étaient en présence jusqu'à ce que la loi de 1907 vint les départager.

L'une soutenait que le père et la mère devaient exercer concurremment la puissance paternelle. En l'absence de mariage, la prédominance du père ne s'imposait pas, il n'était pas le chef de famille, la mère devait avoir des droits égaux.

L'autre, s'inspirant de la famille légitime, donnait

l'exercice de la puissance paternelle au père, ce qui avait l'avantage de placer extérieurement l'enfant naturel, dans la même situation que les autres mineurs. La jurisprudence se rattachait plutôt à la première opinion : le père ne pouvait prétendre à plus de droits que la mère. Dans tout conflit au sujet de la puissance paternelle, les tribunaux se réservaient le droit d'intervenir pour statuer au mieux des intérêts de l'enfant.

Devant le nombre croissant des naissances naturelles, le législateur dut intervenir pour fixer plus nettement les droits respectifs des parents.

La loi du 2 juillet 1907 pose en principe que la puissance paternelle est la même, qu'il s'agisse d'enfants naturels ou d'enfants légitimes. Cette puissance sera attribuée comme suit (art. 383) :

— Au cas de reconnaissance simultanée des père et mère, elle appartiendra aux deux, mais sera exercée par le père seul.

— Au cas de reconnaissances successives, la puissance paternelle appartiendra à celui des père et mère qui aura, le *premier*, reconnu l'enfant.

— Au cas de décès de celui qui exerce la puissance paternelle, elle sera dévolue au survivant de plein droit.

Quand il y a reconnaissance simultanée, les droits de la mère subissent un recul, le père l'emporte de plein droit, alors que la jurisprudence antérieure se réservait le droit d'intervenir pour attribuer la puissance paternelle à l'un ou l'autre, suivant l'intérêt de l'enfant.

Ils sont aussi sacrifiés quand il y a reconnaissances successives, car le père est souvent le premier à reconnaître l'enfant, la mère étant retenue chez elle pen-

dant de longs jours, à la suite de l'accouchement. La loi de 1907 est unanimement critiquée sur ce point. « L'autorité parentale, comme le dit M. Capitant, ne saurait être le prix de la course. » Le fait d'avoir reconnu l'enfant le premier n'est une garantie, ni d'affection envers l'enfant, ni de capacité pour exercer la puissance paternelle.

Toutefois, l'art. 382 décide que, si l'intérêt de l'enfant l'exige, le tribunal peut confier l'autorité paternelle à celui des parents qui n'en est pas investi par la loi.

Cette puissance est, comme l'a posé en principe la loi, la même que celle des parents légitimes.

Celui qui l'exerce a l'administration et la jouissance du patrimoine du mineur. Il a sur la personne le droit de garde et de correction. La loi de 1907 n'a pas tranché la difficulté, de savoir dans quelle mesure la mère pourra l'exercer, quand c'est elle qui jouit de la puissance paternelle. De même, dans ce cas, quel sera le nom de l'enfant ? Il portera celui de la mère puisqu'elle l'a reconnu la première, ce qui est fâcheux pour lui, car c'est faire remarquer sa naissance irrégulière, alors que, le plus souvent, sa mère sera connue sous le nom de son concubin.

Si le tribunal, usant du droit de l'article 383, enlève la puissance paternelle à la mère pour la donner au père, si le nom suit cette puissance, l'enfant devrait logiquement en changer. Or, l'état civil d'un individu ne peut subir de telles transformations, à moins d'un recours au gouvernement.

Pour le consentement au mariage de l'enfant naturel, la loi du 10 mars 1913 décidait qu'au cas de dissentiment, le consentement de celui qui avait la puissance paternelle suffisait. La loi du 17 juillet 1927 l'a

abrogée en décidant, comme pour la famille légitime, que dissentiment emporte consentement (art. 158 actuel, al. 2).

En résumé, quel que soit le cas, la mère n'exerce jamais la puissance paternelle aussi pleinement que le père. Pourtant, l'enfant appartenant également aux deux, ils devraient avoir des droits égaux. C'est la solution adoptée par l'Angleterre et la Suède (5).

C'est, en principe, la plus équitable, mais elle se heurte, dans son application pratique, à la difficulté que l'on retrouve tout au long de l'étude de la famille quand on parle d'égalité de droits entre ses membres : qui l'emportera, au cas de dissentiment ? Un pouvoir étranger ? Mais, lequel ? Le tribunal, un organisme de tutelle spéciale, un arbitre choisi parmi les parents ou les amis ? La famille risque fort d'être ébranlée par une intrusion étrangère dans ses conflits intimes.

C'est pourquoi la prédominance d'un de ses membres s'impose. Tous les pays latins l'ont donnée au père, puisqu'il avait déjà la suprématie en tant que mari. Le projet Renoult sur l'émancipation civile de la femme mariée, ne change rien à la puissance paternelle. Il nous semble néanmoins que, tout en reconnaissant la nécessité de la prépondérance du père, les droits de la mère ne devraient pas être sacrifiés ; car, plus que lui, elle s'est occupée des enfants, les a compris, et son avis devrait être pris en considération pour toutes les décisions les concernant. La

(5) Suède, loi du 11 juin 1920 ; cf, rapport Saleilles, Bull. soc. et leg. 1913, p. 256, sur la proposition de loi déposée au Sénat, 1^{er} juillet 1910, par M. d'Estournelles de Constant et Chambre Députés, 11 juillet 1910, par M. Beauquier.

puissance paternelle devrait devenir la puissance parentale. Le législateur pourrait, en outre, donner à la mère une action spéciale, autre que la déchéance, dont l'application et les résultats sont trop graves parce que nuisibles pour la famille, pour agir contre la mauvaise direction du père. Comme le dit M. Charles Lefebvre, dans son Histoire du droit matrimonial (6) :

« Il paraît singulier que la femme qui, lorsqu'il s'agit de sa personne ou de ses biens, est protégée par diverses actions : divorce, séparation de corps ou de biens... n'ait, comme mère, aucun droit ou action formellement reconnu par la loi pour sauvegarder les enfants contre la mauvaise direction du père. »

(7) P. 381.

CONCLUSION

On a souvent dit du Code civil, qu'il était « le Code de l'individu ».

Si cette remarque est vraie pour l'ensemble de l'œuvre, il est cependant un domaine où elle ne s'applique pas : c'est celui de la famille.

Nous venons de voir, au cours de notre étude, comment et pourquoi l'individu est constamment sacrifié à l'institution familiale : la femme s'efface devant le mari, la mère devant le père, les enfants mineurs devant les parents. La personnalité de chacun des membres, de la femme en particulier, est absorbée par celle du mari et du père, qui tient lui-même ses droits de ses fonctions de chef.

Cependant, dans les lois récentes, on assiste à une double évolution, mais en sens inverse, de l'esprit du législateur. En ce qui concerne les biens, les droits de l'individu tendent, de plus en plus, à s'effacer devant

Charles Lefebvre : La famille en France dans le droit et dans les mœurs. 1920, Paris.

Paul Janet : La famille, Paris, Lévy, 1861.

Rouquet : L'évolution du droit de famille vers l'individualisme. Thèse Montpellier, 1909. Paris Rousseau 1909.

les droits de la collectivité, alors qu'au contraire, on peut remarquer, au sujet des personnes, une tendance très nette vers l'individualisation des membres de la famille. L'autorité paternelle et maritale décroît, la femme s'achemine vers plus d'indépendance.

Toutes les décisions prises par le législateur à son sujet, depuis le Code, en marquent les étapes successives. Jusqu'où arriveront-elles, quelles en seront les conséquences ? C'est ce qu'à la fin de notre étude on est amené à se demander.

Les féministes réclament l'égalité absolue entre l'homme et la femme, dans tous les domaines. Mais ils se préoccupent presque exclusivement de la vie publique de la femme demandant avant tout l'octroi des droits politiques, tout au moins du droit de vote, et l'accès aux fonctions jusqu'à présent réservées aux hommes seuls.

Le premier reproche à leur adresser est justement de se préoccuper trop de cet aspect de la vie de la femme, qui n'est pas le plus important ; s'il est vrai qu'à l'heure actuelle bien des femmes resteront célibataires et travailleront, la vie publique ne sera quand même jamais que le sort de quelques-unes d'entre elles, alors que la majorité se mariera, aura des enfants, et ne se souciera ni de voter, ni de disputer certaines fonctions aux hommes.

Les féministes oublient trop que la place de la femme est au foyer, que là seulement elle exerce son véritable rôle. Quelle que soit l'évolution des mœurs, le destin de la femme sera toujours celui *voulu par la nature* : s'unir à l'homme pour avoir des enfants.

C'est donc surtout dans la vie familiale qu'il faut la considérer. Lorsqu'ici les féministes en font le sujet de leurs réclamations, c'est pour demander son indépendance, l'abolition de sa subordination au mari.

Ils la considèrent uniquement dans sa personne ; de ce point de vue, il est vrai, que la femme a droit juridiquement à la même considération que l'homme. Or, dans la famille, on ne peut pas voir seulement l'individu, mais surtout la fonction qu'il remplit, les liens qui le rattachent aux autres membres. Il n'y a pas « la femme », il y a « l'épouse », « la mère », de même qu'il n'y a pas « l'homme », mais « le mari, le père, le chef de famille ».

C'est pourquoi, ériger en principe l'égalité des conjoints est légitime et facile en théorie, mais d'application pratique se heurte à de gros obstacles que les féministes n'ont point écartés.

Tout d'abord, si on déclare que la femme est l'égale du mari, qu'elle a les mêmes droits civils, lequel des deux l'emportera lorsque leurs opinions divergeront. Nous avons vu, au cours de notre étude, combien souvent se produirait le cas.

Dans les ménages unis, et dans tous en général, les époux se mettent facilement d'accord. Mais s'ils tiennent chacun à leur point de vue, qui les départagera ?

Donner la prédominance à l'un d'eux serait rétablir une inégalité vis-à-vis de l'autre. Aussi c'est à un organe étranger qu'il faudrait faire appel. Mais, lequel ?

La justice ? Elle serait alors obligée d'intervenir souvent et au sujet de problèmes auxquels la raideur, l'irrévocabilité de ses décisions conviennent mal, et risquent de provoquer ou de précipiter un désaccord grave entre les époux, en transformant une divergence d'opinion en une désunion dangereuse pour la sécurité de la famille. Les tribunaux, tout en tenant compte des circonstances, ne peuvent connaître à

fond les conditions de vie, « le climat » du ménage. Le droit manque de souplesse pour un domaine aussi psychologique et moral que celui de la famille.

Faire intervenir une commission, composée d'hommes et de femmes amis du ménage ? Leurs avis seront différents, ils ne jugeront pas toujours avec toute l'impartialité voulue, se laissant influencer par l'amitié les liant à l'un ou l'autre des époux. De plus, les commérages sur ces conflits intimes seront inévitables et le scandale en résultant bien mauvais pour la famille.

Décider, comme la loi de 1927, sur le consentement des parents au mariage de leurs enfants que le dissentiment entre époux emportera consentement ? C'est alors la suppression de toute contrainte, le néant, l'anarchie au sein de la famille, c'est-à-dire sa disparition.

C'est maintenant à ce point qu'il faut en venir : Légiférer en faveur de la femme pour son émancipation, c'est contribuer à la désorganisation de la famille.

Lois sur la nationalité de la femme, droits nouveaux reconnus à la concubine par la jurisprudence, sont autant de coups portés à l'unité de l'association conjugale. Or, la famille est le groupement naturel par excellence, l'élément social, « la cellule sociale », comme l'appelle Le Play, base de la nation. Amoin-drir les liens domestiques n'est pas sans répercussion sur la sécurité de la société elle-même. Le rôle de la famille étant de créer les générations futures, si on l'ébranle dans sa base, la natalité en souffrira. Or, le fléau contre lequel il faudrait lutter, qui va s'aggravant, est justement la dépopulation. Désorganisation de la famille, dénatalité vont de pair, et ce n'est point

la place de plus en plus grande donnée à l'union libre qui y remédiera, le concubinage étant loin d'être favorable à l'accroissement des naissances.

Que faire alors pour la femme, en présence de ces deux courants contraires : évolution des mœurs vers son indépendance, dissociation de la famille.

Il faudrait légiférer moins pour *l'individu* que pour la *fonction* qu'il est appelé à remplir dans l'Institution familiale, reconnaître des droits à la femme en harmonie avec l'activité nouvelle qu'elle prend dans la vie pratique, à condition que la famille n'en soit pas trop fortement éprouvée. Ainsi, dans ce sens, on pourrait supprimer l'incapacité de la femme mariée, qui est, dans les circonstances actuelles, une gêne pour le ménage plus qu'une garantie.

Mais on ne peut pas toucher à la puissance maritale. L'égalité absolue de l'homme et de la femme dans le mariage, leur indépendance réciproque, serait la ruine de la vie domestique, par la multiplication des sujets de désaccord.

Aucun Code ne l'a supprimée, le projet Renoult n'y a pas non plus touché, tant il est assuré qu'un chef responsable est nécessaire dans tout groupement de personnes.

Les mœurs ont d'ailleurs bien adouci les rapports du mari et de la femme. « L'autorité maritale », « l'obéissance de la femme » ne sont plus que des mots, dont le sens a changé. Ils reconnaissent une prédominance du mari en droit, mais non plus une subordination aveugle, un esclavage de la femme en fait.

Enfin, il serait aussi à souhaiter, pour la sécurité de la famille légitime, que le concubinage ne fit naî-

tre aucun droit au profit des concubins, mais seulement des devoirs en faveur des enfants.

Il est vrai que, dans ce domaine familial, il est difficile au droit d'intervenir efficacement, c'est-à-dire de porter remède à certains conflits sans en aggraver d'autres. C'est donc surtout sur le plan moral qu'il faudrait se placer : faire entrer dans les esprits que les hommes n'ont pas entre eux que des droits, mais aussi et surtout des devoirs. La loi n'est bonne que lorsqu'elle crée des obligations. Le mari n'a pas le droit de devenir un tyran domestique, il n'a que le devoir de bien remplir son rôle de chef. La femme n'est pas sa subordonnée, mais son assistante et son égale.

Quelle que soit la marche des mœurs, la vérité pour les conjoints résidera toujours dans la vieille formule des Ecritures saintes :

« *Erunt duo in carne una - Vir caput mulieris - Mulier adjutorium simile sibi.* »

BIBLIOGRAPHIE

PRINCIPAUX OUVRAGES CITES AU COURS DE NOTRE ETUDE

- AFTALION. — Lois relatives à l'épargne de la femme mariée. Thèse Paris, 1898.
— La femme mariée, ses droits, ses intérêts pécuniaires. Thèse Paris, 1899.
- BALLOFY (Mlle). — Accession des femmes à la tutelle. Thèse Clermont-Ferrand, 1918.
- BASSET. — Rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires de l'association conjugale. Thèse Paris, 1896.
- BAYON. — L'œuvre de la jurisprudence en matière de régime dotal. Thèse Bordeaux, 1926.
- BENOIT-COTTIN. — Des effets juridiques de l'union libre. Thèse Grenoble, 1922.
- BERTAULT. — Traité théorique et pratique de la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées, 2^e édition Paris Marchal 1864.
- BINET. — La femme dans le ménage, Thèse Nancy, 1904.
- BOUCHER. — Etude critique de la loi du 13 juillet 1907. Thèse Paris, 1925.
- CHARDON. — Traité des trois puissances : paternelle, maritale, tutellaire, 1841-42. Paris, Catillon ; Auxerre, Guillaume Maillefer.
- CHÉRON (Albert). — Etude sur l'adage « uxor non est propria socia ». Thèse Paris 1901.

COLIN. — Fiançailles et promesses de mariage. Thèse Paris, 1887.

COQUELLE. — Des droits de la femme sur les biens communs. Thèse Paris, 1908.

CRÉMIEU. — Des preuves de la filiation naturelle. Thèse Paris, 1907.

DORGE (Mlle Jeanne). — L'abandon de famille. Thèse Lille, 1924.

FOURNEL. — Traité de la séduction. Paris, 1781.

GASTAMBIDE. — L'enfant devant la famille et l'Etat. Thèse Paris, 1902.

GÉNY. — Des droits sur les lettres missives. 2. volumes, Paris, Laroze 1911.

GIDE (Paul). — Etude sur la condition privée de la femme. 2^e édition, Paris, Laroze et Forcel, 1885.

GIRAULT. — L'abandon de famille. Thèse Poitiers, 1927.

ISORÉE. — La guerre et la condition privée de la femme. Thèse Paris, 1919.

JANET (Paul). — La famille. Paris, Lévy, 1861.

JARDEL. — La lettre missive. Paris, 1911.

— De la production en justice de la correspondance. Thèse Lille, 1903.

LAFON. — Le devoir de secours entre époux. Thèse Paris 1913.

LAGUETTE. — La saisie-arrêt spéciale entre époux des produits de leur travail, pour assurer leur contribution aux charges du ménage, 1920.

LALOU. — Droit de la femme mariée sur les produits de son travail depuis la loi du 13 juillet 1907. Thèse Paris, 1910.

LEFÈVRE (Charles). — Le droit des gens mariés. Paris, 1908.

— La famille en France, dans le droit et dans les mœurs. Paris, Giard 1920.

— Histoire du droit matrimonial français. Paris, Sirey, 1913-1923.

LEFEBVRE. — Les droits de la mère sur les enfants dans le droit contemporain. Thèse Paris, 1913.

LELOIR. — Code de la puissance paternelle sur la personne des enfants et descendants. Paris Pedone-Lauriel, 1892, 2 volumes.

- MÉRIGNHAC (L. et A.). — Traité théorique et pratique des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée, 1905, 3^e édition.
- MOISSINAC. — Le contrat de mariage de séparation de biens. Thèse Paris, 2^e édition, 1924.
- MORIZOT-THIBAUT. — De l'autorité maritale. Paris, 1890.
- NOURY. — Du rôle possible de la femme dans la gestion des intérêts communs. Thèse Paris, 1906.
- PERREAU. — Le droit au nom en matière civile, 1910.
- PEYTEL. — L'union libre devant la loi. Thèse Paris, 1904.
- ROGUIN. — Le mariage. Traité de droit civil comparé. Paris. Pichon et Durand-Auzias, 1904.
- ROUGÉ. — De la participation de la mère à la puissance paternelle. Thèse Paris, 1870.
- ROUQUET. — L'évolution du droit de famille vers l'individualisme. Thèse Montpellier, 1909. Paris, Rousseau, 1909.
- ROURE. — Droits de la mère sur la personne et sur les biens de son enfant, Thèse Alger 1925.
- SABATIER Pierre. — La déchéance de la puissance paternelle et la privation du droit de grâce, Thèse Paris 1922.
- SAFFROY. — Influence jurisprudentielle et notariale sur le régime dotal, Thèse Montpellier 1923.
- SAVATIER. — La recherche de la paternité naturelle. Etude pratique de législation et de jurisprudence, Paris-Dalloz 1927.
- DE SURÉT. — Les fiançailles et le mariage, Bruxelles 1914.
- TEISSIER. — Traité de la dot. Paris-Nive 1925, 2 vol.
- TRAVERS. — De la puissance paternelle et de la tutelle sur les enfants naturels, Paris 1907.
- VALERY. — Des lettres missives. Montpellier, Imp. Gén. du Midi - Paris Fonternoig. — La nationalité française commentaire de la loi du 10 août 1927, Paris librairie générale de droit et de jurisp. 1927.
- VIALLETON. — De l'autorité maritale sur la personne de la femme, Thèse Montpellier 1919.
- VOILLAUME et DARANTIÈRE. — Les droits du mari sur la correspondance de sa femme, Paris 1880.

Vu :

Montpellier, le 24 Avril 1934

Le Président de Thèse,

E. BECQUE

Vu :

Montpellier, le 26 avril 1934

Le Doyen,

G. MORIN.

Vu et permis d'imprimer :

Montpellier, le 26 avril 1934

Le Recteur,

TAILLIART.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	7
--------------------	---

PREMIERE PARTIE

LA FEMME CÉLIBATAIRE	11
Chapitre premier. — <i>La femme célibataire en général</i>	13
Chapitre II — <i>La fiancée</i>	19
Chapitre III. — <i>La fille séduite</i>	25
Chapitre IV. — <i>La concubine</i>	33

DEUXIEME PARTIE

L'ÉPOUSE	47
Chapitre premier. — <i>Condition personnelle de la femme mariée</i>	51
Chapitre II. — <i>Rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires du ménage</i> ..	81

TROISIEME PARTIE

LA MÈRE	119
Chapitre premier. — <i>La mère légitime</i>	125
Chapitre II. — <i>La mère naturelle</i>	153
CONCLUSION	163
BIBLIOGRAPHIE	169

MONTPELLIER
IMPRIMERIE MARI-LAVIT
1, Rue de Sauvages, 1
1934

